البناية في شرح الهداية

الجزء الثامن

للشيخ المحدث الفقيه

بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني

رحمه الله تعالى رحمة واسعة

٧٦٢ هـ ـــ ٨٥٥ هـ

صححه وعلقه وعلق عليه

الشيخ المحدث المحقق فيض أحمد الملتاني قدس سره

١٣٤٠ هـ ـــ ١٤٢٩ هـ

المكتبة الحقانية

ملتان ○ باكستان

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي من علينا بطبع الكتاب المستطاب

البناية في شرح الهداية

للشيخ المحدث الفقيه بدر الدين أبي محمد محمود بن احمد العيني
رحمه الله تعالى رحمة واسعة
٧٦٢هـ — ٨٥٥هـ

صححه وحققه وعلق عليه
مولانا فيض احمد الملتاني

الجزء الثامن

المكتبة الحقانية
ملتان ○ باكستان

بسم الله الرحمن الرحيم

الفهرس للجزء الثامن من البناية شرح الهداية

الناشر: مكتبة حقانية ملتان باكستان الناسخ: الممتاز كمبيوتر آرت كميتى شوك، راولبندى باكستان

كتاب العتاق

(كتاب العتاق)

اي هذا كتاب في بيان احكام العتاق، و المناسبة في ذكر العتاق بعد الطلاق لانهما يسريان (١) عن اسقاط السراية و اللزوم، و لايقبل العتق الفسخ كالطلاق الا انه قدم الطلاق على العتاق، مع انه غير مندوب اليه بمقابلة ذكر النكاح، و قد قلنا ان العتاق اسقاط الحق، و الاسقاطات انواع(٢) يختلف اسماؤها باختلاف انواعها، فاسقاط الحق من الرق عتق، و اسقاط الحق عن البضع طلاق، و اسقاط ما في الذمة براءة، و اسقاط الحق عن القصاص و الجراحات عفو ثم العتاق(٣) و العتق(٤) عبارتان عن القوة، يقال عتق الطائر اذا قوي فطار عن وكره، و منه عتاق الطير لاختصاصها بمزيد القوة، و الخمر اذا تقادم عهدها تسمى عتيقاً لاختصاصها بزيادة القوة. و الكعبة تسمى عتيقا لاختصاصها بالقوة الدافعة للتملك عن نفسها و خلاصها من ايدي الجبابرة، و العتيق الجميل، و منه يسمي ابوبكر رضي الله تعالى عنه عتيقاً لجماله و قيل لتقدمه في الخير، و قيل لعتقه(٥) من النار و قيل لشرفه، و قيل قالت امه(٦) لما وضعته هذا عتيقك منالموت، فهبه لي، و كانت لايعيش لها ولد. و قيل اسمه العلم(٧) و في الصحاح العتق الحرية،

---

(١) يسريان الخ كذا في الاصل و في العناية ذكر العتاق بعد الطلاق لمناسبته له انه اسقاط بني على السراية و اللزوم كالطلاق الخ. (٢) انواع الخ كذا في الكفاية و البحر. (٣) ثم العتاق الخ راجع لهذا التحقيق فتح القدير و الكفاية كتاب العتاق و صاحب فتح القدير اطال البحث فافاد و اجاد و البحر كتاب العتق ص٢٣٨ ج٤ و اوجز المسالك كتاب العتق ص٤٧١ ج٤ و لسان العرب. (٤) ثم العتاق (بفتح العين) و العتق (بكسر العين) خلاف الرق و هو الحرية (من باب ضرب) و عتاق الطير (بكسر العين) الجوارح منها كذا في اللسان. (٥) و قيل لعتقه من النار روى الترمذي في مناقب ابي بكر الصديق رضي الله تعالى عنه ص٢٠٨ ج٢ عن عائشة رضي الله تعالى عنها ان ابابكر رضي الله تعالى عنه دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انت عتيق الله من النار فيومئذ سمى عتيقا و قال الترمذي هذا حديث غريب و المشكوة باب مناقب ابي بكر رضي الله تعالى عنه ص٥٥٦ و في لسان العرب ص٢٣٥ ج١٠ و في حديث ابي بكر رضي الله تعالى عنه انه سمى عتيقا لانه اعتق من النار سماه به النبي صلى الله عليه وسلم. (٦) قالت امه الخ و في عمدة القاري باب مناقب المهاجرين ص١٧٢ ج١٥ و سئل ابوطلحة لم سمى ابوبكر عتيقا فقال كانت امه لايعيش لها ولد فلما ولدته استقبلت به البيت ثم قالت اللهم ان هذا عتيقك من الموت فهبه لي - و قال ابن المعلى فكانت امه اذا نقزته قالت - عتيق ما عتيق - ذو المنظر الانيق. رشفت منه ريق كالزرنب العتيق. (٧) و قيل اسمه العلم الخ و في فتح القدير ص٢٣٢ ج٤ و قيل اسمه العلم فيمكن ان يكون سبب وضعه له الجمال او تفاؤلا له بالحسب المنيف او بعدم الموت الخ.

الاعتاق تصرف مندوب اليه، قال عليه الصلوة و السلام ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله بكل عضو منه عضواً من النار

و كذا العتاق بفتح العين، و العبد عتيق اي معتق و في المغرب العتق الخروج عن المملوكية، و قد يقام العتق مقام الاعتاق و منه قول محمد رحمه الله تعالى عنه انت طالق مع عتق مولاك اياك و في المبسوط الاعتاق لغة اثبات القوة، و في الشرع اثبات القوة الشرعية بازالة الرق الشرعي و القوة الشرعية(١) كونه اصلا للقضاء و الولاية و الشهادة قادرا على التصرف في الاغيار و على دفع تصرف الاغيار عن نفسه، و قال الاترازي الاعتاق ازالة ملكه و هذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى(٢) و العتق الحرية الحاصلة بعد الملك، و قالا الاعتاق اثبات العتق و الملك عبارة عن المطلق الحاجر. و الرق عبارة عن معنى اذا ثبت في الآدمي يصح تملكه انتهى. و الحرية عبارة عن الخلوص، يقال طين حر اى خالص مما يشوبه، و ارض حرة اي خالصة لاخراج عليها و لا عشر و في الشرع الحرية خلوص حكمي يظهر في الآدمي بانقطاع حق الاغيار عن نفسه و اثبات هذا الوصف الحكمي يسمى اعتاقاً و تحريراً. و من محاسنه انه احياء حكمي يخرج العبد عن كونه ملحقاً بالجمادات الى كونه اهلاً للكرامات البشرية من قبول الشهادة و الولاية و القضاء. ثم العتق يحتاج الى معرفة اشياء معرفة تفسيره لغة و شرعاً، و قد ذكرناها، و سببه و شرطه و ركنه و حكمه و صفته و انواعه فسببه: نوعان في الواجبات ما شغل ذمته بوجوب الاعتاق من النذور و الكفارات. و في غير الواجبات هو ملك القريب و النشاط الداعي اليه في نفسه من طلب الثواب او طلب رضاء غيره و شرطه(٣) ان يكون المعتق حراً بالغاً عاقلاً مالكاً ملك اليمين و ركنه ما ثبت به العتق، و هو نوعان صريح و كناية و حكمه زوال الرق و الملك عن المحل و صفته انه مندوب اليه لكنه ليس بعبادة حتى يصح من الكافر و انواعه المرسل و المعلق و المضاف الى ما بعد الموت، و كل منها اما ببدل أو بغيره (الاعتاق تصرف مندوب اليه) يقال ندبه للامر فانتدب اي دعا له فاجاب (قال عليه الصلوة و السلام) اي قال النبي صلى الله عليه وسلم (ايما مسلم اعتق مؤمناً اعتق الله بكل عضو منه عضواً من النار) هذا الحديث اخرجه الائمة الستة(٤) في كتبهم عن سعيد بن مرجانة عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله

---

(١) القوة الشرعية الخ كذا في كشاف اصطلاحات الفنون ص١٠١١ ج٢. (٢) عند ابي حنيفة الخ و في عمدة القاري الاعتاق اثبات العتق عند ابي يوسف و محمد و عند ابي حنيفة اثبات الفعل المفضي الى حصول العتق. (٣) و شرطه الخ كذا في العناية. (٤) الائمة الستة البخاري كتاب العتق ص٣٤٢ ج١ و كتاب النذور و الايمان ص٩٩٤ ج٢ و مسلم باب فضل العتق ص٤٩٥ ج١ و الترمذي في الايمان و النذور في باب ثواب من أعتق =>

صلى الله عليه وسلم ايما امرء مسلم اعتق امرءا مسلما استنقذ الله بكل عضو منه عضواً من

=> رقبة ص١٨٦ ج١ و النسائي في الكبرى فضل العتق ص١٦٨ ج٣ و ابوداود نحوه عن كعب كتاب العتق ص١٩٦ ج٢ و لابن ماجة في العتق ص١٨٤ نحوه عن كعب بن مرة مرفوعا و النسائي في الصغرى كتاب الجهاد ص٥٨ ج٢ نحوه و نبذ من التفصيل في نصب الراية كتاب العتق ص٢٧٧ ج٣ و في تكملة شرح المهذب ص٣ ج١٦ كتاب العتق الرق ظاهرة اجتماعية سارت في الارض قبل الاسلام و توغلت في حياة المجتمعات البشرية حتى صارت لايقوم المجتمع قائمة الا بوجوده لان القوى العاملة في المجتمع التي تمثل عصب الانتاج و تحقيق المنجزات الاقتصادية من زراعية و عمرانية و صناعية كانت تقوم على ايدي الارقاء و قد ادركت الدولة الرومانية اهمية هذه الفئة في حفظ كيان الدولة فحرمت على الافراد في القانون الروماني ان يعتقوا عبيدهم ، و كانت تحكم بالسجن او التعذيب او فرض الرق على من يضبط متلبسا بجريمة عتق عبد له، و كانت مصادر الرق متنوعة فشعوب الامم المغلوبة عسكريا تسترق للغالب من القواد و الملوك الجبابرة و الجنود توزع عليهم الاسلاب و منها رجال و نساء هذه الامم المقهورة، و كل انسان يخطف من بلده و يفر به خاطفوه الى احيائهم و مضاربهم و نجوعهم يصير عبداً مسترقا لخاطفيه لهم بيعه و هبته و توارثه و يملكون حياته و موته و ليس له حرمة في تلك المجتمعات الجاهلية فارسية و رومانية و عربية و شرقية و غربية فلما جاء الاسلام و هو في منهجه الرصين سماوي الهداية، و في تغييره الجذري ثوري الوسيلة و في تدرجه الرزين تربوى التعليم، و في نظرته لهذه الفئة رحيم السلوك، راقي الاحساس رفيع الغاية جفف منابع الرق، و يسر مصافيه، و ضيق مصادره و وسع موارده، و قصره على الحروب وحدها وجعله بين المحاربين فقط لايتجاوزه الى الآمنين ممن لم يرفعوا سلاحا، ثم نظم العلاقة بين السيد و مولاه حتى ليتمنى الحرمنا ان يكون مولى لاحد هؤلاء النبلاء من حواريي النبوة و جنود الرسالة، بل ان السلام حين جعل المرء لايحط عنه وزر القسم الحانث الا بعتق رقبة، و لاتنداح عنه معرة الظهار حين يجعل امراته كظهر امه الا بعتق رقبة من قبل ان يتماسا، و جعل في تعمد الطعام في الصوم اعتاق رقبة، و جعل المؤمن الحق الذي اقتحم العقبة هو الذي يفك الرقاب العانية، و يطعم في المسغبة المساكين الكادحة. بل لقد جعل اللطمة على وجه العبد فكاكا له من الرق و جعل جزاء اللطمة عتقه فمن لم يفعل مسته النار. ثم ان الاسلام جعل من عوامل تصفية الرق المكاتبة لقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا و آتوهم من مال الله الذي آتاكم فجعل للعبد الحق في ان يطلب من سيده شراء نفسه مكاتبة بنجوم و اقساط يؤديها من صنعته او عمله و على سيده ان يمنحه كل اسباب اليسر و اعطاؤه بعض المال ليكون بمثابة راس مال له في الحياة يواجه به اعباء الاستقلال عن سيده، و من عوامل تصفيته التدبير و هو ان يجعل رقه في حياته ثم يكون حرا بعد موته و من اسباب تصفيته ايضا تحريم ميراث ام الولد، و هو تحرير لها و لا ريب لذلك نزجي اليك فصول العتق و المكاتب و المدبر شاهدة على صدق هذه القضية التي بسطناها لك في هذه الكليمة مجتزأين بها عن الشرح و التعليق لتوفر مكانا على الورق نبذ له =>

النار. و في لفظ من اعتق رقبة مؤمنة اعتق الله بكل عضو منها عضواً من اعضائه من النار حتى الفرج بالفرج ذكره البخاري في كتاب النذور و ينبغي ان لايكون اشل و لا اعور و لا اصم و و غير ذلك لينال بذلك ما وعد الله في الحديث بقوله حتى الفرج بالفرج. و ثبت في الحديث انه عليه الصلوة و السلام قال افضلها اعلاها(١) روى بعين مهملة، و بغين معجمة و لو كان العبد(٢) اليهودي او النصراني اكثر ثمنا من المسلم فاعتاق اليهودي و النصراني افضل من المسلم عند مالك رحمه الله تعالى لظاهر الحديث. و قال اصبغ المسلم افضل و هو الحق لقوله عليه الصلوة و السلام ايما رجل اعتق مسلماً. و قال عبد الملك اعلاها ثمناً في ذوي الدين، و لو غلب على ظنه انه لو اعتقه يذهب الى دار الحرب او يرتد او يخاف منه السرقة او قطع الطريق كان اعتاقه محرماً و ينفذ عتقه و في المحيط وغيره(٣) الاعتاق على ثلاثة اقسام قربة و مباح و معصية، فالقربة لوجه الله تعالى، و المباح هو العتق لزيد، و المعصية الاعتاق لوجه الشيطان او للصنم و عند الظاهرية لايعتق في هذا الوجه. و في التحفة الاعتاق انواع قد يكون قربة و طاعة لله تعالى بان اعتق لوجه الله تعالى، او نوى كفارة عليه، و قد يكون مباحاً غير قربة بان اعتق من غير نية او اعتق لوجه فلان، و قد يكون معصية بان قال انت حر لوجه الشيطان، و يقع العتق ايضا و مال العبد(٤) لمولاه عند الجمهور، و عند الظاهرية للعبد، و هو قول الحسن و عطاء و النخعي و الشعبي و مالك و اهل المدينة لما روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما انه عليه الصلوة و السلام قال من اعتق عبداً و له مال فالمال للعبد، رواه احمد(٥) و كان عمر(٦) رضي الله عنه اذا اعتق عبداً لم يتعرض لماله و للجمهور ما روى عن ابن مسعود(٧) رضي الله تعالى عنه انه قال لغلامه يا عمير اني اريد ان اعتقك عتقا هنيئا فاخبرني بمالك، فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ايما رجل اعتق عبده او غلامه فلم يخبره بماله فماله لسيده، و رواه

=> فيما لم تتعطل احكامه و سبحان ربك رب العزة عما يصفون و سلام على المرسلين و الحمد لله رب العالمين.

(١) اعلاها - الحديث رواه البخاري في باب اي الرقاب افضل ص٢٤٢ ج١ عن ابي ذر رضي الله تعالى عنه مرفوعا. (٢) و لو كان العبد الخ راجع عمدة القاري باب اي الرقاب افضل ص٨٠ ج١٣. (٣) وغيره كالفتاوى الهندية ص٢ ج٢ و البحر ص٢٣٩ ج٤. (٤) و مال العبد الخ راجع الاوجز عنوان مال المملوك اذا اعتق ص٤٨٢ ج٤ و فتح القدير ص٢٣٢ ج٤ و المغني ص٢٩٠ ج١٢. (٥) احمد في مسنده ص...... ج٢ و ابن ماجة باب من اعتق عبدا و له مال ص١٨٤. (٦) عمر هكذا في فتح القدير لكن في المغني ابن عمر مكان عمر. (٧) عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه رواه ابن ماجة ص١٨٤ و رواه الاثرم (المغنى ص٢٩٠ ج١٢).

و لهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد و المرأة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء. قال العتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه شرط الحرية، لان العتق لايصح الا في الملك، و لا ملك للمملوك و البلوغ، لان الصبي ليس من اهله لكونه ضرراً ظاهراً، و لهذا لايملك الولي عليه.

الاثرم، و يدل عليه قوله عليه الصلوة و السلام من باع عبداً و له مال فماله للبائع(١) و قال ابوالوليد هذا الحديث خطأ و فعل عمر رضي الله تعالى عنه من التنفيل (و لهذا) اي و لكون العضو في مقابلة العضو في الاعتاق (استحبوا) اي العلماء (ان يعتق الرجل العبد و المرأة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء) و مقابلة الفرج بالفرج انما يتحقق بين الذكرين و بين الانثيين، بخلاف ما اذا كان بين الذكر و الانثى (قال) اي القدوري في مختصره (العتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه) الذي يدل عليه كلام القدوري رحمه الله تعالى ان لصحة الاعتاق اربع شرائط، الاول الحرية و الثاني العقل، و الثالث البلوغ، و الرابع ان يكون العبد في الملك، و شرحها المصنف كما ترى فقال (شرط) اي القدوري (الحرية لان العتق لايصح الا في الملك، و لا ملك للمملوك و البلوغ) بالنصب اي و شرط البلوغ (لان الصبي ليس من اهله) اي من اهل العتق، اي الاعتاق (لكونه) اي لكون الاعتاق (ضرراً ظاهرا) اي في حقه (و لهذا) اي و لاجل كون الاعتاق ضرراً في حقه (لايملك الولي عليه) اي على الاعتاق عنه، و كذا الوصي، و انما قلنا

---

(١) للبائع رواه الامام احمد عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه في مسنده ص٧٣ج٢ حديث نمبر٤٥٣٨ و ص٣٢٣ ج٢ حديث ٦٣٤٤ و في المغني ص٢٩٠ ج١٢ و اذا عتق عبدا و له مال فماله لسيده روى هذا عن ابن مسعود و ابي ايوب و انس بن مالك و به قال قتادة و الحكم و الثوري و الشافعي و اصحاب الراي و روى ذالك عن حماد و البتي و داود بن ابي هند و حميد و قال الحسن و عطاء والشعبي والنخعي و مالك و اهل المدينة يتبعه ماله لما روى نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من اعتق عبدا و له مال فالمال للعبد رواه الامام احمد باسناده وغيره و روى حماد بن سلمة عن ايوب عن نافع عن ابن عمر انه كان اذا اعتق عبدا لم يعرض لماله و لنا ما رواه الاثرم باسناده عن ابن مسعود انه قال لغلامه عمير ياعمر الحديث (كما ذكر آنفا) و لان العبد وماله كانا جميعا للسيد فازال ملكه عن احدهما فيبقى ملكه في الآخر كما لو باعه و قد دل على هذا حديث النبي صلي الله عليه وسلم من باع عبدا و له فماله للبائع الا ان يشترطه المبتاع فاما حديث ابن عمر فقال احمد يرويه عبد الله بن ابي جعفر من اهل مصر و هو ضعيف في الحديث كان صاحب فقه فاما في الحديث فليس هو فيه بالقوى و قال ابو الوليد هذا الحديث خطأ فاما فعل ابن عمر فانه تفضل منه على معتقه قيل للامام احمد كان هذا عندك على التفضل فقال اي لعمرى على التفضل قيل له فكانه عندك للسيد فقال نعم للسيد مثل البيع سواء الخ.

و العقل لان المجنون ليس باهل للتصرف، و لهذا لو قال البالغ اعتقت و انا صبي فالقول قوله و كذا لو قال المعتق اعتقت و انا مجنون و جنونه كان ظاهراً لوجود الاستناد الى حالة منافية و كذا لو قال الصبي كل مملوك املكه فهو حر اذا احتلمت لايصح لانه ليس باهل لقول ملزم و لابد ان يكون العبد في ملكه حتى لو اعتق عبد غيره لاينفذ عتقه لقوله عليه الصلوة و السلام لا عتق فيما لايملكه ابن آدم، و اذا قال لعبده او امته انت حر او معتق او عتيق او محرر او قد حررتك او قد اعتقتك

اي الاعتاق(١) لان الصبي من اهل العتق، الا ترى انه لو ورث اخاه يعتق عليه، يدل على انه من اهل العتق، و لكنه ليس من اهل الاعتاق (و العقل) بالنصب ايضاً، اي و شرط العقل (لان المجنون ليس باهل للتصرف، و لهذا) اي و لكون الصبي غير اهل للتصرف (لو قال البالغ اعتقت و انا صبي فالقول قوله) لانه لما اسند الى حالة منافية للاعتاق كان انكاراً منه للاعتاق، و القول للمنكر. (و كذا لو قال المعتق اعتقت و انا مجنون) يعني يكون القول قوله، و لكن فيه شرط، اشار اليه بقول (و جنونه كان ظاهرا) قيد به لان جنونه لو لم يكن ظاهراً لايسمع كلامه، و قوله (لوجود الاستناد الى حالة منافية) اي للاعتاق، و هذا التعليل يشمل الفصلين، اعني فصل دعوى البالغ الاعتاق في حالة الصبا و في حالة الجنون (و كذا) اي و لايصح العتق (لو قال الصبي كل مملوك املكه فهو حر اذا احتلمت، لانه ليس باهل لقول ملزم) يعني لان الصبا يوجب الحجر عن الاقوال فان قيل(٢) لانسلم ذلك بل هو اهل له، الا ترى ان صبياً لو اقر بالرق لزمه، حتى لو ادعى بعد البلوغ حرية الاصل لايسمع دعواه. اجيب بان الملزم ثمة هو يد صاحب اليد، و اقراره مؤكد له (و لابد ان يكون العبد في ملكه) يعني وقت الاعتاق، و هو قول الجمهور، و قال مالك انه يعتق عبد ابنه الصغير، و ليس له ان يعتق عبد ابنه الكبير (حتى لو اعتق عبد غيره لاينفذ عتقه) انما قال لاينفذ و لم يقل لايصح و لايجوز، لان اعتاق ملك الغير صحيح و ينفذ باجازة المالك عندنا، و لاينفذ بغير اجازته (لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (لاعتق فيما لايملكه ابن آدم) هذا الحديث اخرجه ابوداود (٣) و الترمذي عن عامر الاحول عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لانذر لابن آدم فيما لايملك و لا عتق له فيما لايملك و لا طلاق له فيما لايملك و قال الترمذي حديث حسن صحيح (و اذا قال لعبده او امته انت حر او معتق او عتيق او محرر او قد حررتك او قد اعتقتك

---

(١) اي الاعتاق الخ كذا في العناية. (٢) فان قيل الخ كذا في العناية و الكفاية. (٣) ابوداود باب في الطلاق قبل النكاح ص٣٠٥ ج١ و الترمذي باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح ص١٤١ج١ و التفصيل في نصب الراية =>

فقد عتق نوى به العتق او لم ينو، لان هذه الالفاظ صريحة فيه لانها مستعملة فيه شرعاً و عرفاً فاغنى ذلك عن النية و الوضع و ان كان في الاخبار فقد جعل انشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق و البيع وغيرهما، و لو قال عنيت به الاخبار الباطل او انه حر من العمل صدق ديانة لانه يحتمل و لا يدين قضاء لانه خلاف الظاهر. و لو قال له يا حر يا عتيق، يعتق لانه نداء بما هو صريح في العتق و هو لاستحضار المنادي بالوصف المذكور، هذا هو حقيقته فيقتضي تحقق الوصف فيه، و انه يثبت من جهته فيقتضي ثبوته تصديقاً له فيما اخبر و سنقرره من بعد ان شاء الله تعالى الا اذا سماه حراً ثم ناداه يا حر لان

فقد عتق نوى به العتق او لم ينو، لان هذه الالفاظ صريحة فيه) اي في الاعتاق، و لا خلاف فيه لاحد (لانها مستعملة فيه شرعا و عرفاً فاعنى ذلك عن النية) لان هذه الالفاظ صريحة فلايحتاج الى النية (و الوضع) اي وضع هذه الالفاظ (و ان كان في الاخبار) في الاصل لانه صورة الاخبار (فقد جعل) اي هذا الوضع (انشاء في التصرفات الشرعية للحاجة) اي لحاجة الناس (كما في الطلاق) فان قوله انت طالق اخبار في الاصل، و لكنه جعل انشاء لحاجة الناس اليه (و البيع) اي و كما في البيع، فان قول البائع بعت و قول المشتري اشتريت اخبار في الاصل، و لكنه جعل انشاء (و غيرهما) مثل الاجارة و نحوها (و لو قال عنيت به الاخبار) اي لو قال قصدت به، اي بلفظ من الالفاظ المذكورة الاخبار (الباطل) اي الكذب (او انه حر من العمل) اي او قال قصدت به انه حر من العمل اي لا استعمله في عمل (صدق ديانة) اي فيما بينه و بين الله تعالى (لانه يحتمل) اي يحتمل ما قصده باعتبار وضعه الاصلي. (و لا يدين قضاء) اي و لايصدق من حيث القضاء (لانه خلاف الظاهر) لان الظاهر انه انشاء، و الانشاء اثبات امر لم يكن (و لو قال له ياحر، يا عتيق، يعتق، لانه نداء بما هو صريح في العتق و هو) اي النداء (لاستحضار المنادى بالوصف المذكور) و هو الحرية (هذا هو حقيقته) اي حقيقة المنادى بما هو موضوع للحرية (فيقتضي تحقق الوصف فيه) اي تحقق هذا الوصف فيه و هو الحرية (و انه يثبت من جهته) اي و ان الوصف و هو الحرية يثبت من جهة المنادى (فيقتضي ثبوته) اي ثبوت الوصف (تصديقاً له) اي لكلامه (فيما اخبر و سنقرره من بعد) اي في مسألة(١) يا ابني او يا اخي (الا اذا سماه حراً) هذا استثناء من قوله يعتق الا اذا سمي عبده بلفظ حر (ثم ناداه يا حر) فانه لايعتق (لان

=> ص٢٧٨ ج٣. (١) في مسئلة يا بني الخ و قال فيها على ما بيناه اراد به هذا الموضع الكفاية.

مراده الاعلام باسم علمه و هو ما لقبه به و لو ناداه بالفارسية يا آزاد و قد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخباراً عن الوصف وكذا لو قال راسك حر او وجهك او رقبتك او بدنك او قال لامته فرجك حر لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق و ان اضافه الى جزء شائع يقع في ذلك الجزء و سياتيك الاختلاف فيه ان شاء الله تعالى و ان اضافه الى جزء معين لايعبر به عن الجملة كاليد و الرجل لايقع عندنا، خلافا للشافعي رحمه الله تعالى و الكلام فيه كالكلام في الطلاق و قد بيناه.

مراده الاعلام باسم علمه و هو ما لقبه به) فلايكون انشاء للحرية (و لو ناداه بالفارسية يا آزاد) بفتح(١) الهمزة و بالزاء المخففة و بالدال المهملة (و قد لقبه بالحر) اي و الحال انه قد لقب عبده بلفظ الحر (قالوا) اي قال المشايخ (يعتق، و كذا عكسه) يعني اذا ناداه بقوله يا حر و قد سماه آزاد يعتق(٢) (اذ ليس فيه نداء باسم علمه) اي لانه لم يناده باسم علمه (فيعتبر اخباراً عن الوصف) اي الحرية، لانه روى المعنى الذي وضع اللفظة له. و اذا قال لعبده يا آزاد مرد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم يعتق، و قال بعضهم لايعتق، و به قال الفقيه ابوالليث في النوازل، لانه اذا قيل آزاد يراد به العتق و اذا قيل آزاد مرد يرد به الانسانية و لايراد به العتق (و كذا) اي و كذلك يعتق (لو قال رأسك حر او وجهك او رقبتك او بدنك او قال لامته فرجك حر، لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن و قد مر في الطلاق) بانه اذا قال راسك طالق او وجهك طالق، و قد مر فيه في كتاب الطلاق (و ان اضافه) اي الاعتاق (الى جزء شائع) كالنصف و الثلث و ما اشبه ذلك (يقع في ذلك الجزء) اي يقع العتق في ذلك الجزء الشائع ثم يسرى الى الجميع كمن اعتق بعض جاريته (و سيأتيك الاختلاف فيه ان شاء الله تعالى) يريد به الاختلاف في تجزي الاعتاق عند ابي حنيفة(٣) و صاحبيه رحمهم الله تعالى على ما نذكره ان شاء الله تعالى (و ان اضافه) اي و ان اضاف الاعتاق (الى جزء معين لايعبر به عن الجملة كاليد و الرجل) فانهما لايعبر بهما عن البدن (لايقع عندنا خلافا للشافعي(٤) رحمه الله تعالى) و زفر و احمد رحمهما الله تعالى ايضا (و الكلام فيه) اي في الاعتاق (كالكلام في الطلاق و قد بيناه) اي في باب

---

(١) بفتح الهمزة اي مع المد كذا في حاشية الفتاوى الهندية. (٢) يعتق و في الفتاوى الهندية ص٤ ج٢ و لو دعاه بالفارسية يا آزاد يعتق و لو سماه آزاد ثم دعاه يا آزاد لم يعتق و لو دعاه بالعربية يا حر يعتق كذا في الفتاوى الكبرى. (٣) عند ابي حنيفة يقتصر على ذالك المقدار و عندهما يعتق كله و هي مسئلة تجزي الاعتاق الآتية فتح القدير. (٤) خلافا للشافعي رحمه الله تعالى راجع المغني ص٢٥٤ ج١٢.

و لو قال لا ملك لي عليك و نوى به الحرية عتق، و ان لم ينو لم يعتق لانه يحتمل انه اراد لا ملك لي عليك لاني بعتك، و يحتمل لاني اعتقتك فلايتعين احدهما مراداً الا بالنية.
قال و كذا كنايات العتق، و ذلك مثل قوله خرجت من ملكي، و لا سبيل لي عليك، و لا رق لي عليك، و قد خليت سبيلك لانه يحتمل الخروج عن الملك، و تخلية السبيل بالبيع او الكتابة كما يحتمل بالعتق فلابد من

ايقاع الطلاق، و في المنتقى(١) قال لعبده ذكرك حر يعتق، و لو قال فرجك حر قيل يعتق كالامة. و قال محمد رحمه الله تعالى لايعتق، لان فرجه لايعبر به عن جميع البدن، بخلاف الامة. و لو قال لامته فرجك حر عن الجماع عتقت، و في المحيط لو قال ذكرك حر. ذكر ابن سماعة انه يعتق كالفرج. و قيل لايعتق و هو الاصح، و مثله جزؤك. و لو قال عنقك حر قيل لايعتق كالدبر و قيل يعتق كالرقبة. و لو قال لسانك حر يعتق، و في الدم روايتان (و لو قال لا ملك لي عليك، و نوى به الحرية عتق، و ان لم ينو لم يعتق) لانه من الكنايات و نص(٢) احمد صريح (لانه يحتمل انه اراد لا ملك لي عليك، لاني بعتك و يحتمل لاني اعتقتك فلايتعين احدهما مراداً الا بالنية) و كذا لا رق لي عليك، و قيل فيه روايتان، و لو قال لعبده هذا عبدالله، او يا عبدالله لايعتق، لانه صادق. و في المرغيناني قال لعبده اعتقك الله يعتق. و قيل يعتق بالنية، و المختار الاول و لو قال العتاق عليك يعتق، و لو قال عتقك علي واجب لايعتق، بخلاف الطلاق لانه وجوب بالوقوع. و لو قال تصبح حرا فهذا عتق مضاف الى الغدو. و لو قال تقوم حراً و تقعد حراً، يعتق في الحال. و نقل صاحب الاجناس عن نوادر ابن رستم عن محمد لو قال لمملوكه انت غير مملوك لايكون عتقاً، لكن ليس له ان يدعيه، و قال في خلاصة الفتاوى ليس له أن يستخدمه، فان مات لايرث بالولاء. و ان قال المملوك بعد ذلك انا مملوك له فصدقه كان مملوكاً. و قال فيه ايضا و كذا لو قال هذا ليس بعبدى لايعتق (قال) اي القدوري (و كذا كنايات العتق) اي و كذا يقع بها العتق اذا وجدت النية و الا فلا (و ذلك) اشارة الى تفسير ما ذكره القدوري (مثل قوله خرجت من ملكي و لا سبيل لي عليك و لا رق لي عليك، و قد خليت سبيلك لانه يحتمل الخروج عن الملك، و تخلية السبيل بالبيع و الكتابة كما يحتمل بالعتق، فلابد من

---

(١) المنتقى الخ و نحوه في الفتاوى الهندية ص٤ ج٢ و فتح القدير ص٢٣٦ ج٤. (٢) و نص احمد صريح و في المغنى ص٢٣٦ ج١٢ و ذكر القاضي و ابوالخطاب في قوله لاسبيل لي عليك و لا سلطان لي عليك روايتين احداهما انه صريح و الثانية انه كناية و هو الصحيح لما ذكرناه فاما ان قال لا رق لي عليك و لا ملك لي عليك و انت لله فقال القاضي هو صريح نص عليه احمد الخ.

النيـة و كـذا قولـه لامته قد اطلقتك لانه بمنزلة قوله خليت سبيلك، و هو المروي عن ابي يوسف رحمه اللّه تعالى بخلاف قوله طلقتك على ما نبين من بعد ان شاء اللّه تعالى. و لو قـال لا سـلطـان لـي عليـك و نوى العتـق لم يعتـق لان السلطـان عبارة عـن اليـد، و سمـى السلطان به

النية) لتعيين المراد. و قال في التحفة في قول لا سبيل لي(١) عليك ان نوى العتق و ان لم ينو يصدق في القضاء، لانه لفظ مشترك، الا اذا قال لا سبيل لي عليك الا سبيل الولاء فهو حر في القضاء و لايصدق انه اراد به غير العتق، و لو قال الا سبيل الموالاة يصدق في القضاء لانه قد يراد به الموالاة في الدين بخلاف لفظ الولاية، فانه يستعمل في ولاء العتق و قال القدوري في شرحه فان لم ينو في قوله لا سبيل لي عليك فهو رقيق لان المولى قد يقول لعبده لاسبيل لي عليك بالذم، لانك وفيت بالخدمة و فعلت ما امرتك، و قد يقول لاسبيل لي عليك لاني كاتبتك فزالت يدى عنك او لاسبيل لي عليك لاني اعتقتك، فاذا احتمل اللفظ العتق وغيره لم يقع الا بالنية انتهى و قيل في لاسبيل لي عليك، لان السبيل المضاف الى العبد كناية عن الملك، لانه طريق الى نفاذ التصرف فيه، و لو نفى الملك بان قال لا ملك لي عليك و نوى العتق(٢) فان قيل زوال اليد اما ان يكون ملزوما لزوال الملك او لازما له، فان كان الاول فليكن مجازاً، لان المجاز ذكر الملزوم و ارادة اللازم، و ان كان الثاني فليكن كناية و الكناية ذكر اللازم و ارادة الملزوم فالجواب انه ليس بملزوم لزوال الملك لانفكاكه عنه، كما في المكاتب، و لايلزم لانفكاكه زوال الملك عنه، فان الملك يزول بالبيع قبل التسليم و اليد باق الى ان يسلم (و كذا قوله لامته قد اطلقتك) اي كذا هذا اللفظ ايضا من كنايات العتق. فاذا نوى العتق عتقت و الا فلا (لانه بمنزلة قوله خليت سبيلك و هو المروى عن ابي يوسف رحمه اللّه تعالى بخلاف قوله طلقتك) حيث لايثبت به العتق و ان نوى، لانه صريح في الطلاق، فلا يثبت به العتق (على ما نبين من بعد ان شاء اللّه تعالى) اراد به عند قوله لامته انت طالق (و لو قال لا سلطان لي عليك و نوى العتق لم يعتق، لان السلطان عبارة عن اليد) فيه تسامح(٣) بل هو عبارة عن صاحب اليد و السلطنة، كذا قاله الكاكي و قال الاكمل يقال لفلان سلطنة، و يراد بها القدرة الثابتة من حيث اليد و الاستيلاء ففيه نفي اليد، فكانه قال لا يد لي عليك. و لو قال ذلك و نوى به العتق لم يعتق لجواز ان تزول اليد و يبقى الملك، قلت ما قاله حاصل ما قال المصنف بقوله (و سمى السلطان به) اي بلفظ

---

(١) لاسبيل الخ راجع لهذا المبحث البدائع للكاساني ص٥٣ ج٤. (٢) و نوى العتق كذا في الاصل لعل ههنا سقطة. (٣) فيه تسامح الخ كذا في الفتح.

لقيام يده، و قد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك، لان نفيه مطلقاً بانتفاء الملك، لان للمولى على المكاتب سبيلا، فلهذا يحتمل العتق.

السلطان (لقيام يده) بتصرفه كيف شاء (و قد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب) فان المولى لا يد له على المكاتب و ملكه فيه باق. (بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان نفيه) اي نفي السبيل (مطلقا) يعني من غير قيد بشيء يكون (بانتفاء الملك، لان للمولى على المكاتب سبيلاً) يعني من حيث المطالبة ببدل الكتابة، حتى اذا انتفى عنه ذلك بالبراءة يعتق (فلهذا يحتمل العتق) اي لاجل ان نفي السبيل مطلقاً بانتفاء الملك يحتمل قوله لا سبيل لي عليك العتق. و قال الاترازي و قد روي عن الكرخي(١) انه قال ما صح لي وجه الفرق بين المسألتين و قد فني عمري، و قال ابوبكر الرازي خرج الشيخ ابوالحسن الكرخي من الدنيا، و الفرق بين السبيل و السلطان مشكل عليه. و قال الكاكي و الفرق(٢) ما ذكره في الكتاب و وجه آخر ان السلطان مشترك بين الحجة و اليد، و نفي احدهما لايستدعي نفي الآخر، و نفي كل واحد منهما لايستدعي نفي الملك كما في الكتابة. و في الينابيع قال لاسلطان لي عليك و نوى العتق

---

(١) الكرخي الخ كذا في الفتح و الكفاية. (٢) و في الكفاية و الفرق على ما قيل من وجهين احدهما ان السلطان عبارة عن الحجة و عن اليد و نفى كل واحد منهما لايستدعى نفى الملك كالمكاتب يثبت الملك للمولى فيه دون اليد فاما نفى السبيل من كل وجه يستدعى العتق فان للمولى على مكاتبه سبيلا من المكاتبة ببدل الكتابة حتى لو انتفى ذالك بالبراءة يعتق ايضا و الثاني ان العتق في نفي السبيل محتمل و في نفى السلطان محتمل المحتمل فيثبت الاول دون الثاني بيانه ان نفى السلطان يحتمل نفى الحجة و يحتمل نفى اليد ثم نفى اليد يحتمل نفي الملك و يحتمل غيره فاما نفى السبيل يحتمل انتفاءه بالعتق و بغيره يعني لاسبيل لي عليك في اللوم و العقوبة انتهى و في فتح القدير ص٢٣٧ ج٤ و عن الكرخي رحمه الله تعالى فنى عمرى و لم يتضح لي الفرق بين نفي السلطان و السبيل و مثل هذا الامام لايقع له مثل هذا الا و المحل مشكل و هو به جدير اما اولا فان اليد المفسر بها السلطان ليس مرادا بها الجارحة المخسوسة بل القدرة فاذا قيل له سلطان اي يد يعني الاستيلاء و قد صرح في الكافي بان السلطان يراد به الاستيلاء و اذا كان كذالك كان نفيه نفى الاستيلاء حقيقة او مجازا فصح ان يراد منه ما يراد بنفي السبيل بل اولى بادنى تامل و اما ثانيا فالمانع الذي عينه من ان يراد به العتق و هو لزوم ان يثبت باللفظ اكثر مما وضع له غير مانع اذ غاية الامر ان يكون المعنى المجازي اوسع من الحقيقي و لا بدع في ذالك بل هو ثابت في المجازات العامة فان المعنى الحقيقي فيها يصير فردا من المعنى المجازي كذا هذا يصير زوال اليد من افراد المجازي اعنى العتق او زوال الملك فالذي يقتضيه النظر كون نفي السلطان من الكنايات انتهى و كذا نقله البحر عنه ص٢٤٦ ج٤.

و لو قال هذا ابني و ثبت على ذلك عتق و معنى المسألة اذا كان يولد مثله لمثله، و اذا(١) كان لايولد مثله لمثله، ذكره بعد هذا، ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه، لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة و العبد محتاج الى النسب فيثبت نسبه منه، و اذا ثبت عتق، لانه يستند النسب الى وقت العلوق، و ان كان له نسب معروف لايثبت نسبه منه للتعذر و يعتق اعمالاً للفظ في مجازه عند تعذر اعمال الحقيقة(٢) و وجه المجاز نذكره من بعد ان شاء الله تعالى.

لايعتق، و قيل يعتق. و قال الاترازي لفظ القدوري في مختصره لايعتق، و هو رواية الاصل. و قال في الحاوي يعتق اذا نوى (و لو قال هذا ابني و ثبت على ذلك عتق) هذا القيد اتفاقي، لانه ذكر في الينابيع الثبوت على الاقرار ليس بلازم، و لهذا لم يذكر هذا اللفظ في المبسوط. و في اصول(٣) فخر الاسلام الثبات على ذلك شرط لثبوت النسب لا للعتق. و في المحيط و جامع شمس الائمة و المجتبى هذا ليس بقيد، حتى لو قال بعد قوله هذا ابني او اهمت او اخطأت يعتق و لايصدق. و لو قال لاجنبية يولد مثلها لمثله هذه بنتي و تزوجها بعد ذلك جاز اصر على ذلك ام لا، قالوا هذا جواب في معروفة النسب، اما في مجهولة النسب اي دام على ذلك ثم تزوجها لم تجز و الا جاز. و قال صاحب المجتبى عرف بهذا ان الثبوت على ذلك شرط في الفرقة و امتناع جواز النكاح دون العتق. (و معنى المسألة) انما قال - و معنى المسألة - لان المسألة ذكرها القدوري، و فسرها المصنف بقوله معنى المسألة (اذا كان يولد مثله لمثله، فان كان لايولد مثله لمثله ذكره بعد هذا) اي ذكره القدوري بعد هذا بقوله و ان قال لغلام لايولد مثله لمثله هذا ابني (ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه، لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة، و العبد محتاج الى النسب) حتى يحصل له معين و ظهير (فيثبت نسبه منه) اي فيثبت نسبه من مولاه لانه ليس له نسب معروف. (و اذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق، و ان كان له) اي للعبد (نسب معروف لايثبت نسبه منه للتعذر) لانه ثابت النسب من الغير (و يعتق اعمالاً للفظ في مجازه) يعني عملاً بجواز اللفظ، لان البنوة سبب التحرير، و اطلاق السبب و ارادة المسبب طريق من طرق المجاز (عند تعذر اعمال الحقيقة) لان الذهاب الى المجاز له طرق، منها عند تعذر الحقيقة و تعذر العمل بالحقيقة هنا ظاهر (و وجه المجاز نذكره من بعد ان شاء الله تعالى) يعني عند بيان الدليل لابي حنيفة رحمه الله تعالى في قوله - و ان قال لغلام لايولد

---

(١) و اذا - ن - فان. (٢) اعمال الحقيقة - ن - اعماله بحقيقته. (٣) و في اصول الخ كذا في فتح القدير.

و لو قال هذا مولاي او يا مولاي عتق، اما الاول فلان اسم المولى و ان كان ينتظم الناصر و ابن العم و الموالات في الدين

مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى - و الاصل في هذا الباب ان من وصف مملوكه بصفة من يعتق عليه اذا ملكه عتق عليه، اعنى القرابات المحرمة للنكاح، كقوله هذا ابني، او هذه بنتي، او هذا ابي، او هذه امي، او هذا عمي او خالي، او قال هذا جدي. قال في التحفة ذكر في ظاهر الرواية و سوى بين الكل الا في الاخ و الاخت، فانه لايعتق الا بالنية. و روى الحسن عن ابي حنيفة انه سوى بين الكل و قال يعتق. ثم اعلم ان في قوله هذا ابي و هذه امي و هو يصلح ان يكون ولداً لهما و هو مجهول النسب يثبت العتق، و لكن لايثبت النسب ما لم يصدقاه، بخلاف قوله المجهول النسب هذا ابني حيث يثبت العتق و النسب بلاتصديق، و عليه نص الحاكم، لان في الصورة الاولى يحمل النسب على غيره فيعتبر تصديقه بخلاف البنوة، لانه تحملها على نفسه، كذا في الشامل، ثم اذا قال له هذا ابني، هل تصير امه ام ولد له اذا كانت في ملكه بعضهم قالوا لايثبت الاستيلاد سواء كان الولد مجهول النسب او معروف النسب، و قال بعضهم يثبت في الحالين. و بعضهم فرق ان كان معروف النسب لايثبت، و في مجهول النسب يثبت، كذا في التحفة (و لو قال هذا مولاي او يا مولاي عتق) هذا لفظ القدوري في مختصره، و عليه نص الحاكم في الكافي، و لايحتاج الى النية لكونه صريحاً، كذا في التحفة، و نقل في خلاصة الفتاوى عن العيون قال لايعتق بالنداء الا في موضعين يا مولاي يا حر، و قال زفر رحمه الله تعالى لايعتق بدون النية، و به قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى (اما الاول) و هو قوله هذا مولاي (فلان اسم المولى و ان كان ينتظم الناصر) اشار بهذا الى ان لفظ المولى مشترك يجئ بمعنى الناصر، قال الله تعالى و ان الكافرين لا مولى لهم(١) اي لا ناصر لهم (و ابن العم) قال الله تعالى و اني خفت الموالي من ورائي(٢) اي ابن عمي بعد موتي كذا قال اهل التفسير. و قال طرفة:

فمالي اراني و ابن عمي مالكا ... متى ادن منه ينأى عني و يبعدا
فلو كان مولاي امرء هو غيره ... لفرج كربي او لانظر في غدا

و المولى في البيت بمعنى ابن العم (و الموالات في الدين) يقال مولى الموالات و صورة الموالات حر عاقل بالغ مسلم غير عتيق لاحد، و لم يعقل عنه يقول لآخر انت مولاي ترث عني اذا مت و تعقل اذا جنيت، و يقول الآخر قبلت، فيكون القابل مولى له و يرث منه اذا مات و يعقل عنه اذا

(١) لا مولى لهم - محمد - ١١: (٢) من ورائي - مريم - ٥.

و الاعلى و الاسفل في العتاقة الا انه تعين الاسفل فصار كاسم خاص له، و هذا لان المولى لايستنصر بمملوكه عادة و للعبد نسب معروف فانتفى الاول و الثاني و الثالث نوع مجاز، و الكلام لحقيقته و الاضافة الى العبد تنافي

جنى (و الاعلى) اي المولى الاعلى و هو الذي يعتق (و الاسفل في العتاقة) هو الذي انعم عليه بالعتق و الاعلى مقابله و المصنف ذكر للمولى خمسة معان. و ذكر ابن الاثير انه يستعمل في ثلاث و عشرين(١) معنى، و زاد عليه غيره، و ما ذكره المصنف هو المشهور منها الخمسة المذكورة، و يطلق على الرب و المالك و السيد و المنعم و المنعم عليه بغير اعتاق و العبد و المحب و التابع و الجار و الحليف و الظهير و المعقل و الولي و الوارث و ابن الاخت و الشريك و الموضع الذي يكون فيه الحرب و السلط، لكن المعاني البعيدة لايعرفها كل واحد، و لايخطر ببال سيد العبد، فلا اعتبار بها فتعين ما ذكره المصنف رحمه الله تعالى (الا انه تعين الاسفل) اي غير انه تعين المولى الاسفل (فصار كاسم خاص له، و هذا) اشار به الى وجه كون الاسفل كاسم خاص له بقوله (لان المولى لايستنصر بمملوكه عادة) اراد انه لايجوز ان يحمل المولى في قوله هذا مولاي على النصرة، لان المولى لايستنصر بعبده عادة (و للعبد نسب معروف) اراد به انه لايحمل انه اراد به ابن العم، لانه على خلاف ذلك (فانتفى الاول) و هو حمله على الناصر (و الثاني) اي انتفى الثاني، و هو حمله على ابن العم (و الثالث نوع مجاز) اراد به المولي في الدين، لان المولى(٢) مشتق من الولي، و هو القرب، و لا قرب بين المشرقي و المغربي من حيث الحقيقة، و لا من حيث النسب و لا من حيث المكان فتعين القرب من حيث الدين، و لهذا جاز نفيه (و الكلام لحقيقته) فتعين الاسفل. و قال الاترازي سلمنا ان الكلام لحقيقته اذا لم يكن المجاز مراداً اما اذا كان مراداً فلانسلم على انا نقول لفظ المولى مشترك و له حقائق لا حقيقة واحدة، فلايتعين الاسفل مع تصريحه بانه لم يرده، بل اراد معنى آخر انتهى. قلت في كلامه نظر، لان المصنف ما منع الاشتراك، بل صرح به، لانه ذكر له خمسة معان، ثم بين انه ما كان يصلح ذلك على معنى هاهنا غير المولى الاسفل، فتعين لذلك. (و الاضافة الى العبد) يعني في قوله هذا مولاي (تنافي

---

(١) ثلاث و عشرين الخ كذا في العناية ص٢٣٨ ج٤ لكني ما وجدته في النهاية لابن الاثير و لفظ النهاية هكذا و هو (المولى) اسم يقع على جماعة كثيرة فهو الرب و المالك و السيد و المنعم والمعتق (بصيغة الفاعل) و الناصر و المحب و التابع و الجار و ابن العم و الحليف و العقيد و الصهر و العبد و المعتق (بصيغة المفعول) والمنعم عليه و اكثرها قد جاءت في الحديث فيضاف كل واحد الى ما يقتضيه الحديث الوارد فيه انتهى. (٢) لان المولى الخ كذا في العناية.

كونه معتقاً فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصريح، و كذا اذا قال لامته هذا مولاتي لما بينا، و لو قال عنيت به المولى في الدين او الكذب يصدق فيما بينه و بين الله تعالى و لايصدق في القضاء لمخالفة الظاهر. و اما الثاني فلانه لما تعين الاسفل مرادا التحق بالصريح، و بالنداء باللفظ الصريح يعتق بان قال يا حر يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ. و قال زفر رحمه الله تعالى لايعتق في الثاني لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله ياسيدي يا مالكي. قلنا الكلام لحقيقته و قد امكن العمل به بخلاف ما ذكره لانه ليس فيه ما يختص بالعتق، فكان اكراما محضاً

كونه) اي كون العبد (معتقا) بكسر التاء، حاصله انه لايحمل على انه اراد به المولى الاعلى، لان العبد لايعتق مولاه (فتعين المولى الاسفل) و هو العبد الذي انعم عليه بالعتق، كما ذكرنا، فاذا كان كذلك (فالتحق بالصريح) في ايقاع العتق بدلالة الحال في المحل، و هو كونه عبداً. (و كذا لو قال لامته هذه مولاتي لما بينا) اي لما بينا من الدليل في قوله هذا مولاي (و لو قال عنيت به) اي لو قال القائل المذكور قصدت بقولي هذا مولاي (المولى في الدين او الكذب) بالنصب اي او قال عنيت به الكذب (يصدق فيما بينه و بين الله تعالى و لايصدق في القضاء لمخالفة الظاهر) اي ظاهر الكلام (و اما الثاني) عطف على قوله اما الاول، و اراد بالثاني قوله هذا مولاي (فلانه لماتعين الاسفل مراداً) اي لما تعين المولى الاسفل حال كونه مراداً (التحق بالصريح) الدال على الاعتاق (و بالنداء باللفظ الصريح يعتق بان قال ياحر يا عتيق، فكذا النداء بهذا اللفظ) اي بقوله يا مولاي (و قال زفر رحمه الله تعالى(١) لايعتق في الثاني) اي في قوله يا مولاي (لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي) و قال في الفتاوى الصغرى اذا قال يا سيدي او يا مالكي اذا لم ينو العتق لايعتق، و اذا نوى فعن محمد روايتان (قلنا الكلام لحقيقته) اراد ان الاصل استعمال اللفظ بحقيقته (و قد امكن العمل به) اي بقوله هذا امكن العمل بحقيقته، لان معنى قوله يا مولاي من لي عليه ولاء العتاقة، فتعين الاسفل (بخلاف ما ذكره) اراد به قوله ياسيدي يا مالكي، يعني ليس فيه ما يدل على العتق، و هو معنى قوله (لانه ليس فيه ما يختص بالعتق، فكان اكراماً محضاً) و به لايحصل العتق و في الواقعات(٢) قال

---

(١) قال زفر - و به قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى فتح القدير. (٢) الواقعات الخ و في الفتح ص٢٣٩ ج٤ بمنزلة قوله ياسيدي يا مالكي افاد انهما من الكنايات بالاتفاق فاذا قال لعبده ذالك ناويا العتق عتق و هكذا في ياسيد و قد قيل انه يعتق بهما و ان لم ينو و قيل اذا لم ينو عتق في ياسيدي لا في ياسيد =>

و لو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق، لان النداء لاعلام المنادي، الا انه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادي استحضاراً له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر، على ما بيناه. و اذا كان النداء بوصف لايمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره، و البنوة لايمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو انخلق من ماء غيره لايكون ابناً له بهذا النداء، فكان لمجرد الاعلام. و يروي عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى شاذاً انه يعتق فيهما، و الاعتماد على الظاهر. و لو قال يا ابن لايعتق، لان الامر كما اخبر، فانه ابن ابيه، و كذا اذا قال يا بني او يابنية، لانه تصغير للابن و البنت من غير اضافة. و الامر كما اخبر،

ياسيدي او ياسيد ان نوى العتق عتق، و ان لم ينو قيل يعتق، و قيل لايعتق، و قيل يعتق في يا سيدي. و المختار انه لايعتق. و في الحاوي قال الحسن بن ابي مطيع يعتق بقوله ياسيدي، و لايعتق بقوله ياسيد. و قال بشر لايعتق فيهما الا بالنية، و في النهاية قال القاضي لايعتق، قال و الذي اراه كناية. (و لو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق لان النداء لاعلام المنادي) بفتح الدال، و لايراد به ما وضع اللفظ له (الا انه اذا كان) اي الذي قاله (بوصف يمكن اثباته من جهته) اي اثبات ذلك الوصف من جهة المنادى (كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادي) بفتح الدال (استحضاراً له) اي للمنادى (بالوصف المخصوص نحو قوله يا حر على ما بيناه) يعني عند قوله بالنداء باللفظ الصريح يعتق بان قال يا حر (و اذا كان النداء بوصف لايمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره) اي لتعذر تحقيق الوصف و اراد بالوصف البنوة و الاخوة و نحوهما (و البنوة لايمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو انخلق من ماء غيره لايكون ابناً له بهذا النداء) فاذا كان كذلك (فكان) قوله يا ابني (لمجرد الاعلام) في ظاهر الرواية (و يروى عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى شاذاً انه يعتق فيهما) اي في قوله يا ابني و يا اخي قال في تتمة الفتاوى اذا قال لعبده يا ابني، روى الحسن عن ابي حنيفة انه يعتق (و الاعتماد على الظاهر) اي على ظاهر الرواية، و هو الذي ذكره القدوري، و هو المذكور في نوادر النسفي (و لو قال يا ابن) بالضم و قطع الاضافة على صورة المنادى المفرد (لايعتق لان الامر كما اخبر) لانه صادق فيما اخبره (فانه ابن ابيه) اي ابن والده (و كذا) اي و كذا لايعتق (اذ قال يا بني او يا بنية، لانه تصغير للابن و البنت من غير اضافة) الى ياء المتكلم (و الامر كما اخبر)

=> و المختار انه لايعتق فيهما الا بالنية انتهى و قريب منه في الفتاوى الهندية ص٧ ج٢.

و ان قال لغلام لايولد مثله لمثله، هذا ابني عتق عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لايعتق، و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى لهم انه كلام محال بحقيقته فيرد و يلغو، كقوله اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان تخلق و لابي حنيفة رحمه الله تعالى انه كلام محال بحقيقته، لكنه صحيح بمجازه، لانه اخبار عن حريته من حين ملكه، و هذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته اما اجماعاً او صلة للقرابة، و اطلاق السبب و ارادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزاً، و لان الحرية لازمة للبنوة في المملوك و المشابهة في وصف

لان التصغير قد يكون للاكرام و اللطف قاله الكاكي، و الاحسن ان يقال قد يكون للشفقة و الترحم (و ان قال لغلام لايولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) هذه من مسائل القدوري و المعنى انه اذا قال لعبده الاكبر سناً منه هذا ابني، او قال هذا ولدي عتق عليه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى (و قالا لايعتق، و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى لهم) اي لابي يوسف و محمد و الشافعي رحمهم الله تعالى (انه كلام) اي ان كلامه هذا محال بحقيقته) لان الاكبر سنا محال ان يولد من الاصغر سناً و اذا كان محالا (فيرد و يلغو) فلايعتق. فان قلت لم لا يصار الى المجاز، قلت اذا كان محالاً بحقيقته لايثبت مجازه، و هو الحرية. لان المجاز خلف عن الحقيقة فاذا لم يتصور الاصل لم يتصور الخلف، فصار (كقوله اعتقتك قبل ان اخلق، او قبل ان تخلق) بالخطاب على صيغة المجهول، و تصور الاصل شرط لصحة المجاز، الا ترى انه اذا قال لمعروف النسب و هو اصغر سنا منه هذا ابني يثبت الحرية مجازاً لتصور الاصل، فان مثله يجوز ان يولد له، لكنه لم يثبت حكم الاصل لمانع، و هو انه ثابت النسب من الغير. قال في شرط الاقطع فرق ابويوسف و محمد بين معروف النسب و بين من لايولد مثله لمثله، فان معروف النسب يجوز ان يكون ابنه من الزنا و من ملك ابنه من الزنا عتق عليه (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى انه كلام) اي ان هذا الكلام (محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه) لوجود طريق المجاز (لانه اخبار عن حريته من حين ملكه، و هذا) اشار به الى قوله اخبار عن حريته (لان البنوة في المملوك سبب لحريته) لانه لاتوجد البنوة في المملوك الا و قد وجد الحرية معها، فذكر الملزوم و ارادة اللازم، و ذكر السبب و ارادة المسبب طريق من طرق المجاز (اما اجماعا او صلة للقرابة) يعني ان البنوة موجبة للصلة، و العتق صلة، فتكون البنوة موجبة للعتق (و اطلاق السبب و ارادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا) اي مجازاً (و لان الحرية لازمة للبنوة في المملوك و المشابهة في وصف

لازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزاً عن الالغاء، بخلاف ما استشهد به، لانه لا وجه له في المجاز، فتعين الالغاء، و هذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك فاخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازاً عن الاقرار بالمال و التزامه. و ان كان القطع سبباً لوجوب المال، لان القطع خطا سبب لوجوب مال مخصوص، و هو الارش، و انه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين و لايمكن اثباته بدون القطع، و ما امكن اثباته

لازم من طرق المجاز على ما عرف) في الاصول وغيره (فيحمل عليه تحرزاً عن الالغاء) اي فيحمل قوله هذا ابني على المجاز و هو الحرية تصحيحاً لكلامه (بخلاف ما استشهد به) على صيغة المجهول، و هو قوله اعتقتك قبل ان اخلق (لانه لا وجه له في المجاز) لانه لايتصور ان يكون الاعتاق قبل الانخلاق اصلاً، فلم يوجد السبب (فتعين الالغاء) اي الغاء هذا الكلام (و هذا بخلاف ما اذا قال لغيره) هذا جواب(١) عما يقال لو كان ذكر صحة الملزوم و ارادة اللازم مجوزة للمجاز، و ان لم يكن الحكم متصورا لوجب عليه الارش في الصورة المذكورة، لان القطع خطا سبب وجوب المال، فيكون قوله قطعت يدك مجازاً عن قوله لك علي خمسة آلاف درهم، و اللازم باطل، فالملزوم مثله، فاجاب بقوله بخلاف ما اذا قال لغيره (قطعت يدك فاخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازاً عن الاقرار بالمال و التزامه) يعني بالمال المطلق عن القطع، لان القطع انما يكون سبباً لوجوب مال هو ارش، و هو مخالف لوجوب مطلق المال (و ان كان القطع سببا لوجوب المال) و هو واصل بما قبله يعني و ان كان القطع خطا فيكون سببا لوجوب المال (لان القطع خطا سبب لوجوب مال مخصوص و هو الارش و انه) اي و ان المال المخصوص (يخالف مطلق المال في الوصف) و هو الارش ثم اوضح ذلك بقوله (حتى وجب) اي المال الذي هو ارش (على العاقلة في سنتين) تثنية سنة، كذا قال صاحب النهاية، قال هكذا كان مقيداً بخط شيخي و قال الكاكي و الاترازي هو الصحيح. و قال الاترازي لان الكلام وقع فيما اذا اقر بقطع الواحد و ارش قطع اليد الواحدة بنصف الدية، ثم الارش اذا زاد على ثلث اليد يكون في سنتين على العاقلة الثلث في السنة الاولى و الباقي في السنة الثانية، و ما زاد على الثلث فالثلثان في سنتين و ما زاد في السنة الثالثة قال في بعض النسخ في سنين بلفظ الجمع و ليس بشيء. (و لا يمكن اثباته) اي اثبات الارش (بدون القطع) لوجود صحة اليد (و ما امكن اثباته) اي و الذي

---

(١) جواب الخ كذا في العناية.

فالقطع ليس بسبب له. اما الحرية فلاتختلف ذاتاً و حكماً، فامكن جعله مجازاً عنه، و لو قال هذا ابي

امكن اثباته، و هو عبارة عن مطلق المال (فالقطع ليس بسبب له) فتعذر(١) جعل الاقرار بقطع اليد مجازاً عن الاقرار بمطلق المال على ان قطع اليد خطأ سبب لوجوب المال على العاقلة، فلو جعل مجازاً عن الاقرار بوجوب المال لكان هذا اقرارا بوجوب المال على العاقلة و الاقرار على الغير باطل و لايمكن ان يجعل اقرارا بما يخصه من الدية، لان لازمة قطع اليد وجوب المال موزعاً على العاقلة فبايجاب المال قصراً على واحد من العواقل لايكون لازمة قطع اليد، فلايصح المجاز و لانه لما اخرجهما صحيحتين كان بمنزلة جرح لحقه برء على وجه لم يبق له اثر، فلايتعلق به حكم بعد ذلك، لانه لو ثبت حقيقة الجرح فبرأ لايتعلق به الحكم، ففي المجاز اولى، ثم لابي حنيفة رحمه الله تعالى في قوله هذا ابني طريقان احدهما انه بمنزلة التحرير ابتداء مجازاً بطريق اطلاق السبب على المسبب فعلى هذا لايكون الام ام ولد اذا كانت في ملكه، لانه ليس لتحرم الكلام ابتداء تاثير في امومية الولد و الطريق الآخر انه اقرار بالحرية مجازاً كانه قال عتق على من حين ملكته، فان البنوة في المملوك سبب العتق و هو الاصح، و لهذا قال في كتاب الاكراه اذا اكره على ان يقول هذا ابني لايعتق بالاكراه عليه، و الاكراه يمنع صحة الاقرار بالعتق لاصحة التحرير ابتداء، فعلى هذا تصير الجارية ام ولد (اما الحرية فلاتختلف ذاتا و حكماً) هذا جواب(٢) عما يقال اذا اقر بقطع اليد لايثبت المال مجازاً لان مطلق المال مخالف مالاً مخصوصاً و هو الارش فكذا الحرية الثابتة بقوله هذا ابني الخ تخالف الحرية الثابتة بحقيقة البنوة في كونها صلة للقريب، فلم يكن اثبات الحرية مجازا للبنوة، كما لم يثبت في وجوب المال مجازاً لقطع اليد. فاجاب بقوله اما الحرية فلا تختلف ذاتا و حكماً، اي من حيث الذات و هو زوال الرق و لا حكما و هو صلاحية القضاء و الشهادة و الولايات، فكانت الحريتان سواء فيهما قال الاترازي لان الحرية عبارة عن زوال الرق و هو شيء واحد لايختلف بالاضافة الى البنوة وغيرها و حكمها خاص المحل للمالكية، و دفع ملك الغير الا انها قد توصف بكونها صلة الرحم و واجبة على القريب، و ذلك لايوجب تنوعها كالحرية الواقعة في العاقل البالغ حيث يقع بحالة يترتب عليها اداء الشهادة و الولاية و الامارة بخلاف الحرية الواقعة في الطفل و المجنون فانها لاتوجب هذه الاهلية، و مع هذا لايقال انها تنوعت، فكذا هنا، فلما لم يكن الحرية مختلفة (فامكن جعله) اي جعل هذا ابني (مجازاً عنه) اي عن الحرية على تاويل العتق او المذكور، و لو قال عنها لكان احسن (و لو قال هذا ابي

---

(١) فتعذر الخ كذا في الكفاية ص٢٤٢ ج٤ و الفتح. (٢) جواب الخ و نحوه في الكفاية ص٢٤٣ ج٤.

او امي و مثله لايولد لمثله(١) فهو على هذا الخلاف(٢) لمابينا. و لو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف، و قيل لايعتق بالاجماع، لان هذا الكلام لاموجب له في الملك الا بواسطة و هو الاب و هي غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل مجازاً عن الموجب، بخلاف الابوة و البنوة، لان لهما موجباً في الملك بلا(٣) واسطة، و لو قال هذا اخي لايعتق في ظاهر الرواية، و عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه يعتق، و وجه الروايتين ما بيناه

او امي و مثله لايولد لمثلهما فهو على الخلاف) المذكور بين ابي حنيفة و صاحبيه رحمهم الله تعالى (لما بينا) يعني الوجه من الجانبين في قوله هذا ابني (و لو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف و قيل لايعتق بالاجماع، لان هذا الكلام لاموجب له في الملك) من بنوة او حرية (الا بواسطة و هو الاب و هي) اي الواسطة (غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل مجازاً عن الموجب) و هذا يشير الى ان الواسطة لو كانت مذكورة مثل ان يقول هذا جدى ابو ابي عتق (بخلاف الابوة و البنوة، لان لهما موجبا في الملك بلاواسطة) فيجعلان مجازاً للحرية. و لو كان يولد مثله لمثلهما و صدقاه ثبت ذلك و عتقا عليه (و لو قال هذا اخي لايعتق في ظاهر الرواية. و عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه يعتق) في رواية الحسن عنه (و وجه الروايتين ما بيناه) اما وجه(٤) رواية العتق فما ذكره بقوله، و هذا لان البنوة في المملوك سبب الحرية الى آخره، فكذلك هاهنا الاخوة في الملك توجب العتق. و اما وجه رواية عدم العتق فقوله في مسألة الجد. لان هذا الكلام لاموجب له في الملك الا بواسطة، و كذلك هاهنا الاخوة لاتكون الا بواسطة الاب و الام، لانها عبارة عن مجاوزة في صلب او رحم، و هذه الواسطة غير مذكورة و لاموجب لهذه الكلمة بدون هذه الواسطة. و قال في المبسوط(٥) ان اختلاف الروايتين في الاخ انما كان اذا ذكره مطلقاً بان قال هذا اخي، و اما اذا ذكره مقيداً، و قال هذا اخي لابي و امي فيعتق من غير تردد لما ان مطلق الاخوة مشترك قد يراد بها الاخوة في الدين، قال الله تعالى انما المؤمنون اخوة(٦) و قد يراد بها الاتحاد في القبيلة قال الله تعالى و الى عاد اخاهم هودا(٧) و قد يراد بها الاخوة في النسب و المشترك لايكون حجة(٨) فان قيل(٩) البنوة ايضا تختلف بين نسب و رضاع، فكيف يثبت العتق باطلاق قوله هذا ابني. اجيب بان البنوة من الرضاع مجاز، و المجاز لايعارض الحقيقة

---

(١) لمثله - ن - لمثلهما. (٢) على هذا الخلاف - ن - على الخلاف. (٣) بلا - ن - من غير. (٤) اما وجه الخ كذا في العناية و الكفاية. (٥) المبسوط للسرخسي ص٦٨ ج٧. (٦) اخوة - الحجرات - ١٠. (٧) اخاهم هودا - الاعراف - ٦٥. (٨) لايكون حجة - اي بدون البيان - الكفاية. (٩) فان قيل الخ كذا في العناية.

و لو قال لعبده هذا ابنتي فقد قيل على الخلاف، و قد قيل هو بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمى و هو معدوم فلايعتبر و قد حققناه في النكاح و ان قال لامته انت طالق او بائن او تخمري و نوى به العتق لم تعتق. و قال الشافعي رحمه الله تعالى تعتق اذا نوى، و كذا على هذا الخلاف سائر الالفاظ الصريح و الكناية على ما قال مشايخهم رحمهم الله تعالى له انه نوى ما يحتمله لفظه لان بين الملكين موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين، اما ملك اليمين فظاهر، و كذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التابيد من شرطه، و التاقيت مبطلاً له و عمل اللفظين

(و لو قال لعبده هذا ابنتي فقد قيل على الخلاف، و قيل هو) اي عدم العتق (بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى) الذكور و الاناث من بني آدم جنسان مختلفان، و اذا لم يكن المشار اليه من جنس المسمى (فتعلق الحكم بالمسمى و هو معدوم) اي المسمى معدوم (فلا يعتبر) يعني لايمكن تصحيح الكلام ايجاباً و لا اقرارا في المعدوم، فلايمكن ان يجعل البنت مجازاً عن الابن بوجه الا ترى انه لايعتق و ان كان احتمل ان يكون ابنه بان كان يولد مثله لمثله، كذا ذكره في الاسرار (و قد حققناه في النكاح) اي حققنا هذا الاصل في كتاب النكاح. في باب المهر عند قوله فان تزوج امراة على هذا الدن من الخمر فاذا هو خمر، فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى فيرجع له (و ان قال لامته انت طالق او بائن او تخمري) اي او قال لها تخمري (و نوى به العتق لم تعتق، و قال الشافعي رحمه الله تعالى تعتق اذا نوى، و كذا الخلاف في سائر الالفاظ الصريح و الكناية) مثل قوله لامته انت مطلقة و طلقتك و تخمري و تقنعي و اغربي و خلية و برية و حرام و ما اشبه ذلك(١) (على ما قال مشايخهم) اي مشايخ الشافعية، و انما قال مشايخهم، لان المنصوص عن الشافعي رحمه الله تعالى لفظ الطلاق فحسب و اصحابه قاسوا عليها سائر الفاظ الصريح و الكناية (له) اي للشافعي رحمه الله تعالى (انه نوى ما يحتمله لفظه لان بين اللكين موافقة) و هما ملك اليمين و ملك النكاح (اذ كل واحد منهما ملك العين اما ملك اليمين فظاهر، و كذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التابيد من شرطه، و التاقيت مبطلا له) اي للنكاح و ملك اليمين، و التاقيت ان يجعل له وقت معين (و عمل اللفظين) جواب عما يقال الاعتاق اثبات القوة و لهذا يثبت به الاحكام مثل الاهلية و الولاية و

---

(١) و ما اشبه ذالك كقوله انت على بتلة او بتة او بنت مني و حبلك على غاربك و اخرجي و قومي و اذهبي و نحو ذالك كذا في فتح القدير و المبسوط للسرخسي ص٦٣ ج٧.

في اسقاط ما هو حقه و هو الملك و لهذا يصح التعليق فيه بالشرط، اما الاحكام تثبت(١) بسبب سابق و هو كونه مكلفاً، و لهذا يصلح لفظة العتق و التحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه و لنا انه نوى ما لايحتمله لفظه لان الاعتاق لغة اثبات القوة و الطلاق رفع القيد و هذا لان العبد الحق بالجمادات و بالاعتاق يحيا فيقدر و لاكذلك المنكوحة، فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع، و بالطلاق يرتفع المانع فيظهر(٢) القوة و لا خفاء ان الاول

الشهادة فانى يشبه الطلاق الذي هو اسقاط محض، فاجاب بقوله و عمل اللفظين الطلاق و العتاق، و هو مبتدأ و خبره هو قوله (في اسقاط ما هو حقه و هو الملك) الضمير في قوله – هو – في الموضعين راجع الى ما الحاصل انه اي الاعتاق ايضا اسقاط (و لهذا) اي و لاجل كون الاعتاق اسقاطاً (يصح التعليق فيه بالشرط) كما يصح في الطلاق (اما الاحكام) هذا جواب عما يقال للشافعي بان قال يثبت الاعتاق الاحكام، يعني الاهلية و الولاية و الشهادة، و الطلاق اسقاط، فلامناسبة بين الاسقاط و الاثبات فلايستعار الطلاق للعتاق، لعدم المناسبة فاجاب ان الاحكام و هي التي ذكرناها (تثبت بسبب سابق و هو كونه مكلفاً) الضمير في هو راجع الى السبب و في كونه راجع الى العبد، لان الشهرة قائمة مقام الذكر و الحاصل ان ثبوت الاحكام بالآدمية، و لكن الرق كان مانعاً فبالاعتاق زال المانع. و جوابه لو كان ثبوت الاحكام بالآدمية و كونه مكلفاً لكانت القدرة موجودة للعبد، و اللازم منتف، لان الرق مناف للقدرة، و صحة التعليق لاترد لان الاعتاق اسقاط على وجه يترتب عليه ثبوت هذه الاحكام. فباعتبار الاسقاط صح التعليق (و لهذا) اي و لكون العتق محتمل لفظه (يصلح لفظة العتق، و التحرير كناية عن الطلاق) يعني اذا قال لامراته انت حرة و نوى به الطلاق صح مجازاً (فكذا عكسه) اي يصلح لفظ الطلاق كناية عن لفظ العتق (و لنا انه نوى ما لايحتمله لفظه) لانه لا مناسبة بينهما تجوز الاستعارة (لان الاعتاق لغة اثبات القوة) ماخوذ من قولهم عتق الطائر(٣) اذا قوي و طار عن وكره و في الشرع ايضا كذلك (و الطلاق رفع القيد) من قولهم اطلقت البعير من القيد اذا حللته (و هذا) اشار به الى اثبات القوة (لان العبد الحق بالجمادات) جمع جماد، و الجماد عبارة عما لا روح له (و بالاعتاق يحيا فيقدر) اي على التصرفات الشرعية في الاقوال و الافعال (و لا كذلك المنكوحة فانها قادرة) و مالكة امر نفسها (الا ان قيد النكاح مانع) لان ملك البضع عليها للزوج مانع (و بالطلاق يرتفع المانع فيظهر القوة) و يحدث له القدرة (و لا خفاء ان الاول) اي الاعتاق

---

(١) تثبت – ن – فتثبت. (٢) فيظهر – ن – فتظهر. (٣) عتق الطائر الخ و قد سبق ذكره مفصلا في اوائل كتاب العتاق.

اقوى، و لان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه اقوى، و اللفظ يصلح مجازاً عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه، فلهذا امتنع في المتنازع فيه و انساغ في عكسه، و اذا قال لعبده انت مثل الحر لم يعتق لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفاً فوقع الشك في الحرية. و لو قال ما انت الا حر عتق، لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التاكيد، كما في كلمة الشهادة،

(اقوى و لان ملك اليمين فوق ملك النكاح) لان ملك اليمين قد يستلزم ملك المتعة اذا صادف الجواري الخالية عما يمنع من الاستمتاع بهن، و اما ملك النكاح فلايستلزم ملك اليمين اصلا (فكان اسقاطه اقوى) اي اسقاط ملك اليمين اقوى، لان كل ما هو اقوى فاسقاطه اقوى (و اللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه) و هذا(١) لان مثل هذا المجاز انما يكون فيما اذا وجدت وصفا مشتركاً بين ملزومين مختلفين في الحقيقة فهو في احدهما اقوى منه في الآخر، و انت ترى الحاق الاضعف بالاقوى على وجه التسوية بينهما فتدعى ان ملزوم الاضعف من جنس ملزوم الاقوى، و تطلق عليه اسم الاقوى. كما اذا كان عندك شجاع، و انت تريد ان تلحق جرأته و قوته بجرأة الاسد و قوته فتدعي الاسدية له باطلاق اسم الاسد عليه، و هذا كما ترى انما يكون باطلاق اسم القوي على الضعيف دون العكس، و اذا ظهر هذا بعد العلم بان ازالة ملك اليمين اقوى ظهر لك جواز استعارة لفظ الاعتاق للطلاق دون عكسه (فلهذا امتنع في المتنازع فيه) اي امتنع المجاز في قوله انت طالق لامته و نوى به العتق (و انساغ في عكسه) اي جاز في قوله انت حرة لمنكوحته، و نوى به الطلاق، و قال الاكمل(٢) الفرق بين المسألتين المذكورتين في الكتاب انه في الاولى منع المناسبة، و اظهار السند بان الاعتاق اثبات، و الطلاق رفع فاني يتناسبان. و في الثانية تسليم ان كلاً منهما اسقاط لكن الاعتاق اقوى و هو ينافي الاستعارة (و اذا قال لعبده انت مثل الحر لم يعتق لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفاً فوقع الشك في الحرية) فلايعتق، حاصله(٣) ان المثل للتشبيه و التشبيه بين الشيئين لايقتضي اشتراكهما في جميع الوجوه، فلذالك لم يعتق في القضاء و لا فيما بينه و بين الله تعالى و معنى المثل في اللغة النظير، كذا في الجمهرة و في التحفة ذكر في كتاب العتاق لايعتق ثم قال و قد قالوا انه اذا نوى العتق يعتق، فانه ذكر في كنايات الطلاق اذا قال لامراته انت مثل امراة فلان و فلان قد آلى من امرأته و نوى الايلاء يصدق و يصير مولياً (و لو قال ما انت الا حر عتق، لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التاكيد كما في كلمة الشهادة) فان قوله لا اله

---

(١) و هذا لان مثل الخ كذا في العناية ص٢٤٥ ج٤. (٢) الاكمل في العناية ص٢٤٦ ج٤. (٣) حاصله =>

و لو قال راسك راس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه، و لو قال راسك راس حر عتق، لانه اثبات الحرية فيه، اذ الراس يعبر به عن جميع البدن.

نفي الالوهية عن غير الله، و قوله الا الله اثبات الالوهية لله، و فيه اثبات الالوهية لله تعالى بآكد الوجوه، لان الاثبات بعد النفي آكد و ابلغ من الاثبات المجرد (و لو قال راسك راس حر لايعتق، لانه تشبيه بحذف حرفه) اي حرف التشبيه، و هو الكاف، لان اصله راسك كرأس حر، كقوله مثل الحر (و لو قال راسك راس حر) بالتنوين في راس (عتق لانه اثبات الحرية فيه، اذ الراس يعبر به عن جميع البدن) و قد وصفها بالحرية، و من وصف عبده بالحرية او وصف ما يعبر به عن جميع البدن بالحرية عتق عليه، و قال في كتاب عتاق الاصل اذا قال راسك حر او جسدك حر، او نفسك او وجهك او روحك او كانت امة، فقال فرجك حر او بطنك حر عتق في جميع ذلك. و ذكر في كتاب الاجناس عن الهاروني اذا قال رقبتك حر و بطنك حر عتق، و الا يدين في هذا كله. و ان قال لم ارد به العتق و في نوادر المعلى لو قال جزء منك حر او شيء منك عتق منه ما شاء المولى في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى و في عتاق الاصل لو قال يدك حر او رجلك حر او اصبع من اصابعك حر، او سن من اسنانك او دمك او قرنك او بلغمك، هذا كله باطل. و في الهاروني انفك او صدرك حر او بطنك حر او ظهرك او جنبك او فخذك او لسانك او شعرك او نفسك حر لايعتق في شيىء من هذه الوجوه نوى او لم ينو. قال الناطفي هذا كله على قياس ابي حنيفة و زفر و ابي يوسف رحمهم الله تعالى و في كتاب الام لو قال كبدك حر او معدتك حر لايعتق و في نوادر هشام(١) قال ابويوسف لو خاط مملوكه ثوبا فقال هذه خياطة حر لايعتق، و في الهاروني لو رآها تمشي فقال مولاها هذه مشية حر او رآها تتكلم فقال هذا كلام حر لم تعتق الا ان يقول اردت العتق، و هذا قول ابي يوسف رحمه الله تعالى و قال الحسن بن زياد من قول نفسه يعتق في القضاء و يدين فيما بينه و بين الله تعالى. و في نوادر ابن سماعة عند محمد لو قال حسبك حر او اصلك حر، و علم انه من سبي لايعتق لان اصله حر فهو صادق فيه فلايعتق، و كذلك لو قال ابواك حران. و في نوادر المعلى قال ابويوسف لو قال لامته فرجك حر من الجماع فهي حرة في القضاء، و يسعه فيما بينه و بين الله تعالى و لاتعتق. و في نوادر ابن سماعة لو قال استك حر كان حراً، و كذا لو قال ذكرك حر كان حرا و في كتاب اصل الفقه لمحمد بن الحسن لو قال لعبده فرجك حر لايعتق، و في الجارية تعتق. و لو قال هذا ابني من الزنا يعتق و لايثبت نسبه. و في المرغيناني لو قال له افعل في نفسك ما شئت فاعتق نفسه في المجلس عتق. و لو

=> الخ كذا في البحر الرائق ص٢٤٦ ج٤. (١) نوادر هشام الخ كذا في الفتح ص٢٤٧ ج٤.

فصل(١)

و من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه

قال صم عني يوماً و انت حر، او قال صل عني ركعتين و انت حر عتق في الحال، فعل ذلك او لم يفعل. و لو قال حج عني حجة و انت حر لايعتق حتى يحج عنه لانه النيابة جائزة في الحج دون الصوم و الصلاة و لو قال ان سقيت حماري فانت حر فذهب به الى الماء و لم يشرب عتق، لان المراد به عرض الماء عليه و في المحيط قال رجل انا مولى ابيك اعتق ابوك ابي فهو حر، و كذا لو قال انا مولى ابيك و لم يقل اعتقني فهو حر، لانه قد يكون مولاه من قبل جده فلم يكن اقرارا بالرق، و ان زاد اعتقني فهو مملوك اذا جحد الوارث. و في الذخيرة قال كل مملوك في هذا المسجد او في بغداد حر و له عبيد في المسجد او في بغداد لم يعتق الا ان نوى عبده. و عن محمد عن ابي حنيفة لو قال عبيد اهل بغداد احرار و هو من اهل بغداد عتق عبيده و على هذا لو قال كل عبد يدخل هذه الدار فهو حر فدخل عبيده عتق و به اخذ شداد، و قال هشام لايعتقوا قال الشهيد و هو المختار للفتوى، و لو قال ولد آدم كلهم احرار لايعتق عبيده. و في النسفي قال عبدي الذي هو قديم الصحبة حر قال محمد من صحبه ثلاث سنين عتق، و هو قول ابي يوسف و قيل ستة اشهر، و قيل سنة. و في المحيط هذا هو المختار.

(فصل)

اي هذا فصل لما فرغ من بيان الاعتاق الاختياري شرع في بيان الاعتاق الذي يحصل من غير اختيار كما في شراء القريب و خروج عبد الحر الينا مسلما، و ولد ام الولد من مولاها (و من ملك(٢) ذا رحم محرم منه عتق عليه) و به قال احمد رحمه الله تعالى و سواء كان المالك صغيرا ام كبيراً صحيح العقل او مجنونا و يروى ذلك عن عمر و ابن مسعود و جابر بن عبدالله رضي الله تعالى عنهم و عطاء و الشعبي و الزهري و حماد و الحكم و الثوري و ابن شبرمة و ابي سلمة و الحسن بن حي و الليث و عبدالله بن وهب و اسحاق، و هو قول الظاهرية رحمهم الله تعالى قال مالك رحمه الله تعالى عنه يعتق في قرابة الولاد و الاخوات لا غير، كذا قال الكاكي.

---

(١) فصل هذا العنوان مطلق في نسخ الهداية المطبوعة المصرية و الهندية و الباكستانية لكن في في نسخة البناية الهندية و غيرها مقيد و لفظه فصل في الاعتاق الغير الاختياري. (٢) من ملك ذا رحم الخ راجع لهذا المبحث عمدة القاري كتاب العتق باب اذا اسر اخو الرجل او عمه الخ ص٩٦ ج١٣ و فتح الباري ص١٦٠ ج٥ و فتح القدير ص٢٤٨ ج٤ و المغنى ص٢٦٨ ج١٢ و تكملة شرح المهذب ص٨ ج١٦ و المبسوط للسرخسي ص٦٩ ج٧ باب عتق ذوي الارحام.

و هذا اللفظ مروي عن النبي عليه الصلوة و السلام و قال عليه الصلوة و السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر، و اللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية

و قال الاترازي و قال مالك و اصحاب الظاهرية لم يعتقوا الا باعتاق المالك. قلت فيه نظر من وجهين، احدهما: ذكر اصحاب الظاهر مع مالك، و قد ذكرنا انهم مع الجماعة المذكورين و الثاني: ان هذا النقل من مالك خلاف ما وقع في المدونة لمالك حيث قال فيها قال مالك و لايعتق على الرجل من اقاربه اذا ملكه الا الولد، ذكرهم و اناثهم و ولد الولد و ان سفلوا و ابواه و اجداده و جداته من قبل الاب و الام و ان بعدوا، و اخواته لابوين او لاب او لام و هم اهل الفرائض في كتاب الله تعالى و لايعتق غير هولاء من ذوي الارحام انتهى. و قال الاوزاعي يعتق كل ذي رحم محرم منه كان او غير محرم، و اعتق ابن العم و ابن الخال و يستسعيهما (و هذا اللفظ) يعني قوله من ملك ذا رحم محرم عتق عليه (مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم. و قال عليه الصلوة و السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر) هذا الحديث باللفظ الاول اخرجه النسائي(١) في سننه عن ضمرة بن ربيعة عن سفيان الثوري عن عبدالله بن دينار عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق عليه و باللفظ الثاني. اخرجه اصحاب السنن الاربعة(٢) عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة رضي الله تعالى عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم فهو حر و اخرجه الحاكم في المستدرك(٣) من طريق احمد بن حنبل عن حماد بن سلمة عن عاصم الاحول و قتادة عن الحسن عن سمرة رضي الله تعالى عنه مرفوعا و سكت عنه ثم اخرجه عن ضمرة بن ربيعة عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه مرفوعاً من ملك ذا رحم محرم فهو حر، و قال هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، و المحفوظ عن سمرة بن جندب انتهى. و الكلام في هذين الحديثين كثير(٤) طوينا ذكره خوفاً من السآمة (و اللفظ) اي لفظ الحديث (بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية) اي مؤكدة و هو بالياء آخر الحروف من التاييد

---

(١) النسائي في الكبرى كتاب العتق عنوان من ملك ذا رحم محرم ص١٧٣ ج٣ الترمذي ابواب الاحكام باب من ملك ذا رحم محرم ص١٦٣ ج١ و التفصيل في نصب الراية ص٢٧٨ ج٣ و فتح القدير ص٢٤٨ ج٤. (٢) السنن الاربعة الترمذي ص١٦٣ ج١ و الكبرى للنسائى ص١٧٣ ج٣ و ابوداود كتاب العتق باب من ملك ذا رحم محرم ص١٩٤ ج٢ و ابن ماجة ابواب العتق باب من ملك ذا رحم ص١٨٤ و التفصيل في نصب الراية ص٢٧٩ ج٣ و فتح القدير ص٢٤٨ ج٤ و عمدة القاري ص٩٦ ج١٣. (٣) المستدرك باب من ملك ذا رحم ص٢١٤ ج٢ و صححه الذهبي في تلخيصه كذا في حاشية الزيلعي ص٢٧٩ ج٣. (٤) كثير الخ و نبذ منه في نصب الراية.

ولادا او غيره. و الشافعي رحمه الله تعالى يخالفنا في غيره، له ان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس او لايقتضيه و الاخوة و مايضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق و(١) الاستدلال و لهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد و لم يمتنع فيه و لنا ما روينا، و لانه ملك قريبة قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه،

(ولادا او غيره) اي غير الولاد بكسر الواو و قال الاترازي وغيره منصوب على البدل من قوله كل قرابة. قلت بل هو منصوب بكان المقدرة تقديره او كان غير الولاد و ولادا منصوب بكان الظاهر، غير انه تقدم عليه و تفسيره كل من لايجوز نكاحه على التابيد لاجل القرابة سواء كانت القرابة قريبة كقرابة الولاد، او متوسطة كالاخ و الاخت و العم و العمة و الخال و الخالة، بخلاف ما اذا كانت بعيدة كبني الاعمام فان الحديث لايتناولها لعدم المحرمية (و الشافعي رحمه الله تعالى يخالفنا في غيره) اي في غير الولاد، و قرابة الولاد هي القرابة بين الولد و الوالدين. و مذهب الشافعي رحمه الله تعالى انه لايعتق في غير قرابة الولاد. و قال ابومحمد لانعلم قول الشافعي من أحد قبله، و ليس له فيها أنيس (له) اي للشافعي (ان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك) اي بغير رضاه، و هو مصدر ميمي (ينفيه القياس او لايقتضيه) قال تاج الشريعة و في قوله ينفيه القياس تعرض لنفي القياس اياه. و في الثاني لايتعرض لا بالنفي و لا بالاثبات (و الاخوة و ما يضاهيها) اي يشابهها من قرابة العمومة و الخؤولة (نازلة عن قرابة الولاد) اي ادنى درجة من قرابة الولاد (فامتنع الالحاق) اي الحاق قرابة الاخوة بقرابة الولاد لعدم المساواة (او الاستدلال) او امتنع الاستدلال اي بدلالة النص، الا اذا كان الملحق في معنى الملحق به من وجه، و هاهنا ليس كذلك (و لهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد و لم يمتنع فيه) اي في الولاد، يعني اذا ملك المكاتب اباه او ابنه فهو مكاتب بخلاف الاخ فانه لايتكاتب (و لنا ما روينا) و هو قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق عليه (و لانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه) لان الشارع اعتبر محرمية هي صفة للرحم، و الرحم(٢) عبارة عن القرابة، و المحرم عبارة عن حرمة التناكح، فالمحرم بدون الرحم نحو ان ملك زوجة ابنه او بنت عمه و هي اخته رضاعا لايعتق، لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة بل بالمصاهرة او بالرضاع، و لابد ان تكون المحرمية مؤثرة، لان الشارع اعتبر المحرمية هي صفة للرحم كما ذكرناه، و كذا الرحم بلامحرم لايعتق كبني الاعمام و الاخوال، لان القرابة بعدت، فلاتؤثر في حرمة التناكح، فلم تعتق

---

(١) و – ن – او. (٢) و الرحم عبارة الخ كذا في الفتاوى الهندية ص٨ ج٢.

و هذا هو المؤثر في الاصل، و الولاد ملغى لانها هي التي يفترض وصلها و يحرم قطعها حتى وجبت النفقة و حرم النكاح، و لا فرق بينهما اذا كان المالك مسلماً او كافراً في دار الاسلام لعموم العلة، و المكاتب اذا اشترى اخاه

بالملك (و هذا هو المؤثر في الاصل) اي ملك القريب هو المؤثر في ايجاب العتق في الاصل يعني في قرابة الولاد (و الولاد ملغى لانها) تعليل المصنف غير مفيد فكان اشتغالاً بما لايفيد، لانه تعليل بعلة قاصرة (لانها) اي لان القرابة المؤثرة في المحرمية (هي التي يفترض وصلها و يحرم قطعها حتى وجبت النفقة) لايقال(١) هذا مذهبكم لانه لا نفقة في غير الولد على مذهب الشافعي رحمه الله تعالى فكيف استدل بوجوب النفقة، لانا نقول وجوب النفقة ثبت بقوله عزوجل و على الوارث مثل ذلك، فصار كانه ثبت اجماعاً فلايلتفت الى انكار الخصم (و حرم النكاح) و حرمة النكاح بالاجماع و قال الاكمل(٢) و لمشائخنا هنا نكتة و هو قوله هذه قرابة صينت عن ادنى الذلين، و هو ذل النكاح فلان تصان عن اعلاهما اولى، فان ادعى ان ذل النكاح اعلى فتلك مكابرة تستدعى تفضيل الاماء على الحرائر و هو باطل قطعا و اجماعنا على ان الرضاع يرفع ذل النكاح دون الرق مما يحسم مادة هذه المكابرة، فان رافع الاعلى يرفع الادنى لا محالة (و لا فرق(٣) بينهما ان كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة) و هي صلة الرحم، و كذا لافرق اذا كان المملوك مسلما او كافراً، و قيد بقوله في دار الاسلام لان الحربي اذا ملك قريبه لايعتق عليه، و به صرح في فتاوي الولوالجي نص الحاكم في الكافي ان عتق الحربي قريبه في دار الحرب باطل، و كذا تدبيره و لم يذكر الخلاف، و في المختلف(٤) ان الحربي اذا اعتق عبده الحربي في دار الحرب و خلاه، عتق عند ابي يوسف و ولاءه له. و قالا لا ولاء له، لانه عتقه بالتخلية لا بالاعتاق كالمراغم، ثم قال المسلم اذا دخل دار الحرب فاشترى عبداً حربياً فاعتقه ثمة القياس ان لايعتق بدون التخلية، لانه في دار الحرب و لايجري عليه احكام الاسلام. و في الاستحسان يعتق بدون تخلية، لانه لم تنقطع عنه احكام المسلمين و لا ولاء له عندهما، و هو القياس. و قال ابويوسف له الولاء، و هو الاستحسان. و ذكر قول محمد مع ابي يوسف في كتاب السير (و المكاتب اذا اشترى اخاه) هذا جواب(٥) عن قوله، و لهذا امتنع التكاتب على

---

(١) لايقال الخ كذا في الكفاية ص٢٥٠ ج٤. (٢) الاكمل في العناية ص٢٤٩ ج٤. (٣) و لا فرق الخ و في العناية و لا فرق بين ان يكون المالك مسلما او كافرا و كذا المملوك لعموم العلة و هي القرابة المحرمة للنكاح الخ. (٤) و في المختلف الخ كذا في فتح القدير ص٢٥١ ج٤ و البحر الرائق ص٢٤٨ ج٤. (٥) هذا جواب الخ كذا في العناية.

و من يجري مجراه لايتكاتب عليه، لانه ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق و الافتراض عند القدرة، بخلاف الولاد، لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع فيعتق تحقيقاً لمقصود العقد. و عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه يتكاتب على الاخ ايضاً و هو قولهما، قلنا ان(١) نمنع و هذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه و هي اخته من الرضاع، لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة و الصبي جعل اهلا لهذا العتق، و كذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك،

المكاتب في غير الولاد، و تقريره لانسلم ان لايتكاتب عليه، بل قد روي عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه يتكاتب على الاخ ايضا، فالجواب بطريق التسليم ما قاله المصنف بقوله، لانه ليس له ملك تام يقدره على ما يجيء الآن (أو من يجري مجراه) اي او اشترى من يجري مجرى الاخ كالعم و الخال (لايتكاتب عليه لانه ليس له ملك تام يقدره) من الاقدار (على الاعتاق) لانه عبد ما بقي عليه درهم (و الافتراض عند القدرة) و هي عبارة عن صفة يتمكن بها الحر من فعل و قول (بخلاف الولاد) هذا جواب عما يقال لو كان كذلك لما اعتق عليه قرابة الولاد اجاب بقوله بخلاف الولاد (لان العتق فيه من مقاصد الكتابة) لان عتق نفسه كما كان مقصوداً بالكتابة لكونه يتغير بالرق، فكذلك رق الوالد و الولد، فاذا كان العتق من مقاصد عقد الكتابة (فامتنع البيع فيعتق تحقيقا لمقصود العقد) و اما حرية الاخ فليست من مقاصد عقد الكتابة لعدم لحوق العار برقه كلحوقه برق ابيه او ابنه (و عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه يتكاتب على الاخ ايضا، و هو قولهما) اي قول ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و سيجئ بيان هذا مستوفى في كتاب المكاتب ان شاء الله تعالى (قلنا انه يمنع و هذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه و هي اخته من الرضاع) هذا جواب(٢) نقض اجمالي اي لاتعتق عليه تقريره هو قول (لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة) يعني اراد بالمحرمية محرمية اثرت فيها القرابة، و هذه ليست كذلك، لان الرضاع هو المؤثر والمحرمية من الرضاع ليست بمرادة من الحديث بالاجماع لانه لاقائل بعتقها اصلا (و الصبي جعل اهلا لهذا العتق) اي عتق ذي الرحم المحرم (و كذا المجنون) اي كذا المجنون اهل لهذا العتق (حتى عتق القريب عليهما عند الملك) اي عند ملكهما اياه، بان دخل قريبهما في ملكهما بغير

---

(١) قلنا ان نمنع – ن – قلنا انه يمنع. (٢) جواب نقض الخ لعل ههنا سقطة و يوضحه لفظ العناية جواب نقض اجمالي تقريره لو كان تملك ذي الرحم المحرم علة لعتقه على من يملك لعتقت ابنة العم التي هي اخت من الرضاعة على ابن عمها اذا اشتراها و ليس كذالك و تقرير الجواب ان المراد بالمحرمية محرمية اثرت فيها القرابة الخ.

لانه تعلق به حق العبد، فشابه النفقة. و من اعتق عبداً لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من اهله في محله، و وصف القربة في اللفظ الاول زيادة، فلايختل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين، و عتق المكره و السكران واقع لصدور الركن من الاهل في المحل كما في الطلاق، و قد بيناه من قبل. و ان اضاف العتق الى ملك او شرط صح، كما في الطلاق، اما الاضافة الى الملك ففيه

صنع منهما كالارث و الهبة عتق عليهما (لانه تعلق به) اي بهذا العتق (حق العبد) و هو العلة، و قد وجدت (فشابه النفقة) و هي تجب عليهما بالقرب، فكذا يعتق قريبهما المحرم بالملك. و قال في المبسوط العلة تمت في حقه، و هو الملك مع القرابة، فان الصغير يملك حقيقة، و لهذا يحرم عليه اخذ الصدقة (و من اعتق عبداً لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم عتق) و عند الظاهرية لايعتق في الاخيرين (لوجود ركن الاعتاق) و هو لفظ الاعتاق (من الاهل) و هو العاقل البالغ المالك (في محله) و هوالعبد المملوك المعتق ، و اراد بوجه الله تعالى رضاه مجازاً و هو يجيء في اللغة على معان(١) وجه الانسان و غيره معروف، و وجه النهار اوله، و وجه الكلام السبيل الذي تقصده به. و وجوه الناس سادتهم، و صرفت الشيء عن وجهه اي عن سننه (و وصف القربة في اللفظ الاول) و هو قوله لوجه الله (زيادة) للتاكيد و ذكر الله ليس بشرط (فلايختل العتق بعدمه) اي بعدم ذكر الله تعالى (في اللفظين الآخرين) و هو قوله اعتقت للشيطان، و قوله اعتقت للصنم، لكنه يكون عاصياً غاية ما في الباب انه نفي القربة، و نفيها لاينافي الحرية، كما اذا اعتقه على مال، و قال الكلبي(٢) في كتاب الاصنام اذا كان معمولاً من خشب او ذهب او فضة صورة انسان فهو صنم، و ان كان معمولاً من حجارة فهو وثن (و عتق المكره و السكران واقع لوجود الركن من الاصل في المحل كما في الطلاق) و قد فسرنا هذا الآن (و قد بيناه من قبل) اراد انه نبه في الفصل الثاني من كتاب الطلاق، و في السكران اتفاق الائمة الاربعة رحمهم الله تعالى على المختار عندهم، و في المكره بخلاف الشافعي و مالك و احمد، و من الكلام فيه هناك (و ان اضاف العتق الى ملك) بان قال ان ملكتك فانت حر (او الى شرط) اي او اضافه الى شرط بان قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر (صح) اي وقع (كما في الطلاق) بان قال ان تزوجتك فانت طالق، او قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق (اما الاضافة الى الملك ففيه

---

(١) على معان الخ كذا في البحر ص٢٤٨ ج٤ و لسان العرب مادة وجه. (٢) الكلبي الخ كذا في البحر ص٢٤٨ ج٤ عن غاية البيان.

خلاف الشافعي رحمه الله تعالى و قد بيناه في كتاب الطلاق و اما التعليق بالشرط فلانه اسقاط فيجري(١) فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه، و اذا خرج عبد الحربي الينا مسلماً عتق لقوله عليه الصلوة و السلام في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله تعالى

خلاف الشافعي رحمه الله تعالى و قد بيناه في كتاب الطلاق، و اما التعليق بالشرط فلانه اسقاط) اي اسقاط قصدا و اثبات ضمناً لئلا يلزم المناقضة بين هذا و بين ما قاله اولاً، و هو ان الاعتاق لغة اثبات القوة (فيجري فيه التعليق) اي في الاسقاط، و لا خلاف فيه بيننا و بين الشافعي انما الخلاف بوجه آخر، و هو(٢) ان بقاء الملك يشترط عند التعليق و عند وجود الشرط، و زواله فيما بين ذلك لايبطله عندنا و عنده يبطله لانعقاد التعليق سببا عنده، و عندنا ينعقد سبباً عند وجود الشرط (بخلاف التمليكات) حيث لايجري فيها التعليق لافضائه الى معنى القمار لان في جعله متعلقا بشرط لايدري ان يكون ام لايكون خطراً و خيار الشرط في البيع ثبت نصا، بخلاف القياس فلايرد نقضاً (على ما عرف في موضعه) اي في اصول الفقه.

(و اذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (في عبيد الطائف حين خرجوا الينا مسلمين هم عتقاء الله) هذا الحديث اخرجه عبدالرزاق(٣) في مصنفه عن معمر عن عاصم بن سليمان حدثنا ابوعثمان النهدي عن ابي بكرة رضي الله تعالى عنه انه خرج الى رسول الله صلى الله عليه وسلم و هو محاصر اهل الطائف بثلاثة و عشرين عبداً فاعتقهم رسول الله صلي الله عليه وسلم فهم الذين يقال لهم العتقاء. و اخرج ابوداود(٤) في الجهاد و الترمذي في المناقب عن ابن اسحاق عن ابان بن صالح عن منصور بن المعتمر عن ربعي بن خراش عن علي بن ابي طالب رضي الله تعالى عنه قال خرج الى رسول

---

(١) فيجري - ن - يجري. (٢) و هو ان الخ لعل ههنا سقطة و يوضحه ما في فتح القدير ص٢٥٢ ج٤ فيجري فيه التعليق لا خلاف فيه بيننا و بين الشافعي رحمه الله تعالى انما الخلاف في انه هل يشترط للوقوع بقاء الملك من حين التعليق الى وجود الشرط فعندنا زوال الملك فيما بين التعليق و وجود الشرط لايبطل اليمين و عنده يبطله و الخلاف مبنى على انعقاد المعلق سببا في الحال عنده و عندنا عند وجود الشرط انتهى. (٣) عبد الرزاق في مصنفه كتاب الجهاد باب رقيق اهل الحرب الخ ص٣٠١ ج٥ و اخرج البخاري نحوه مختصرا في باب غزوة الطائف ص٦١٩ ج٢. (٤) ابوداود كتاب الجهاد باب في عبيد المشركين الخ ص١٢ ج٢ و الترمذي مناقب على رضي الله تعالى عنه ص٢١٣ ج٢ و في الباب احاديث راجع لتفصيلها نصب الراية ص٢٨١ ج٣ و فتح القدير ص٢٥٢ ج٤.

و لانه احرز نفسه و هو مسلم و لا استرقاق على المسلم ابتداء و ان اعتق حاملاً عتق حملها تبعاً لها اذ هو متصل بها، و لو اعتق الحمل خاصة عتق دونها، لانه لا وجه الى اعتاقها مقصودا لعدم الاضافة اليها، و لا اليه تبعاً لما فيه من قلب الموضوع، ثم اعتاق الحمل صحيح و لايصح بيعه و هبته، لان التسليم نفسه

الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية.... الحديث، و في آخره هم عتقاء الله سبحانه. قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح غريب قوله عبدان بكسر العين، و ان يكون الباء الموحدة جمع عبد (و لانه) اي و لان هذا العبد الذي خرج (احرز نفسه و هو مسلم) يعني احرز نفسه بالاسلام (و لا استرقاق على المسلم ابتداء) قيد به احترازاً عن الاسترقاق بقاء، و ذلك بان يسلم بعد الاسر و السير، لان الرق(١) حينئذ جعل من الامور الحكمية لا الجزائية فبقي الرق كما تبقى سائر الاملاك بعد وجود اسبابها. و بقولنا قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى و اكثر اهل العلم. و قال الاوزاعي لو جاء سيده مثلا يرد عليه، و عند الظاهرية يعتق بالاسلام من غير خروج (و ان اعتق حاملاً عتق حملها تبعاً لها، اذ هو متصل بها) لانه كسائر اجزائها، بدليل انه لايصح افراده بالبيع كما لايصح افراد سائر اعضائها (و لو اعتق الحمل خاصة عتق) اي الحمل (دونها) اي دون الحامل (لانه لا وجه الى اعتاقها مقصودا لعدم الاضافة) اي لعدم اضافة الاعتاق (اليها و لا اليه تبعاً) اي و لا وجه الى اعتاق الجارية تبعاً (لما فيه من قلب الموضوع) لانه يكون التبع متبوعاً و المتبوع تابعا و هو فاسد (ثم اعتاق الحمل صحيح) اي بدون الام عند الجمهور(٢) الا عند الظاهرية (و لايصح بيعه و هبته، لان التسليم نفسه) بنصب نفسه، لانه تاكيد للمنصوب

---

(١) لان الرق الخ كذا في العناية و الكفاية. (٢) عند الجمهور الخ و في فتح القدير ص٢٥٢ ج٤ عند الجمهور خلافا للظاهرية فانهم لايجوزون عتق الجنين دون امه بعد نفخ الروح بل قبله و تعتق امه تبعا له انتهى (و قبل اسطر) تحت قول صاحب الهداية (و ان اعتق حاملا عتق حملها تبعا لها) قوله عتق حملها باجماع الاربعة و لو استثناه لايصح كاستثناء جزء منها خلافا لاحمد و اسحاق و النخعي و الشعبي و عطاء و ابن سيرين و قولهم مروى عن ابن عمر و ابي هريرة انتهى و في المغنى ص٤٦٧ ج١٢ اذا اعتق الامة او كاتبها و شرط ما في بطنها او اعتق ما في بطنها دونها له شرطه روى نحو هذا القول عن ابن عمر و ابي هريرة رضي الله تعالى عنهما و النخعي و اسحاق و ابن المنذر و قال ابن سيرين له ما استثنى و قال عطاء و الشعبي اذا استثنى ما في بطنها فله استثناؤه و قال مالك والشافعي لايصح استثناء الجنين لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا الا ان تعلم و لانه لايصح استثناؤه في البيع فلايصح في العتق كبعض اعضائها و لنا قول ابن عمر و ابي هريرة و لم نعلم لهما مخالفا في الصحابة الخ.

شرط في الهبة و القدرة عليه في البيع و لم يوجد ذلك بالاضافة الى الجنين و شيء من ذلك ليس بشرط في الاعتاق فافترقا، و لو اعتق الحمل على مال صح و لايجب المال اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه و لا الى الزامه الام لانه في حق العتق نفس على حدة، و اشتراط بدل العتق على غير المعتق لايجوز على ما مر في الخلع، و انما يعرف قيام الحبل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر منه، لانه ادنى مدة

(شرط في الهبة و القدرة(١) عليه) اي على التسليم شرط (في البيع و لم يوجد ذلك) اي القدرة عليه (بالاضافة الى الجنين) اي بالنسبة اليه (و شيء من ذلك) اي من القدرة و التسليم (ليس بشرط في الاعتاق فافترقا) اي افترقا جواز اعتاق الحمل و عدم جواز بيعه و هبته. (و لو اعتق الحمل على مال صح، و لايجب المال، اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه و لا الى الزامه الام) اي و لا وجه الى الزام المال على الام (لانه) اي لان الجنين (في حق العتق نفس على حدة، و اشتراط بدل العتق على غير المعتق) بفتح التاء (لايجوز) قيل(٢) عليه سلمنا ذلك، لكن ينبغي ان يتوقف العتق الى ان يبلغ الحمل الى حد يكون من اهل القبول، و هو ان يكون عاقلاً يعقل العقد، كما مر في خلع الصغيرة، حيث قال فيه و ان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول بان كانت عاقلة تعقل العقد و اجيب بان ذلك في صريح الشرط، و إما هاهنا فالمسألة مذكورة بكلمة على و كان ذكر المال هاهنا وصفا للاعتاق، و لايلزم من بطلان الاصل بطلان الوصف، فيثبت العتق و لايجب المال كما في طلاق الصغيرة، و فيه نظر، لانه يقتضي انه أن ذكر بكلمة الشرط توقف، و لابد فيه من رواية، و اعتباره بخلع الصغيرة غير صحيح، لانه قال فيه و ان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول، فالتوقف فيه مشروط بكونها من اهل القبول، و الحمل ليس منه، و الاولى ان يقال لما كان علم المعتق عدم كون الحمل اهلا للخطاب، و قبول الشرط و اقدم على العتق كان قاصداً للاعتاق بلامال او يحمل حاله على ذلك صوناً لكلامه عن الالغاء (على ما مر في الخلع) قال السغناقي هذه حوالة(٣) غير رائجة ثم يحتمل ان يكون مراده مسألة الخلع في الجامع الصغير. قلت في نفس الامر يستبعد هذا. و قال الاترازي و يجوز ان يكون ذلك اشارة الى ما ذكره في خلع كفاية المنتهى، لانه قبل هذا الكتاب. (و انما يعرف قيام الحمل) بالميم. و في بعض النسخ بالباء (وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر منه) اي من وقت العتق (لانه ادنى مدة

---

(١) و القدرة منصوب و معطوف على التسليم. (٢) قيل عليه الخ كذا في العناية ص٢٥٣ ج٤. (٣) هذه =>

الحمل. قال و ولد الامة من مولاها حر، لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه، هذا هو الاصل، و لا معارض له فيه، لان ولد الامة لمولاها و ولدها من زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الام باعتبار الحضانة او لاستهلاك مائه بمائها، و المنافاة متحققة

الحمل) هذا متصل بقوله و ان اعتق جارية عتق حملها، و لو اعتق الحمل خاصة عتق دونها، يعني انما يعتق الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الاعتاق و ان جآءت به لستة اشهر فلا، نص عليه الحاكم في الكافي، قال و ان قال ما في بطنك حر فولدت بعد ذلك بستة اشهر لم يعتق، و ان ولدت لاقل من ستة اشهر عتق، و في التحفة ان كانت الامة في عدة من زوج عتق الولد اذا ولدته ما بينهما و بين سنتين منذ وجبت العدة، و ان كان لاكثر من ستة اشهر منذ قال المولي قال الحاكم في الكافي، و ان ولدت واحدا لاقل من ستة اشهر بيوم و واحد لاكثر منها بيوم (قال) اي القدوري (و ولد الامة من مولاها حر، لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه) باجماع الائمة (هذا هو الاصل) اي(١) الولد من ماء صاحب الماء (و لا معارض له فيه) اي في الولد (لان ولد الامة لمولاها) لان ماء الامة لايعارض ماءه، لان ماءها مملوك له فيكون الماء ان له بخلاف امة الغير لان مائها مملوك لسيدها فتحققت المعارضة (و ولدها من زوجها ملوك لسيدها) لتعارض الماءين و يرجح جانب الام كما قال (لترجح جانب الام باعتبار الحضانة) لان حق الحضانة للام لا للاب فيترجح جانبها بها (او لإستهلاك مائه بمائها) اي او الترجح باستهلاك ماء زوجها بمائها، لكون مائها في موضعه و الحاصل(٢) ان جانب الام يترجح بامور منها الحضانة. قيل فيه نظر لان حق الحضانة انما يثبت بعد الولادة، فلايجوز ان يكون مرجحا لما هو قبلها و منها استهلاك مائه بمائها لكون مائها في موضعه و منها الولد ما دام جنيناً فهو بمنزلة عضو من اعضائها كيدها و رجلها الى ان ينفصل حسا و شرعاً، اما حسا فانه يتنفس بنفسها و ينتقل بانتقالها حتى يقرض بالمقراض عند انفصاله منها و اما شرعا فلانه يعتق بعتقها قيل فيه نظر، لان الكلام في اثباته فلايستدل به عليه، و منها انه يتيقن كونه مخلوقاً من مائها، بخلاف ماء الزوج فكان الفراش من جانبها حقيقة و حكما، و من جانبه حكما فقط و الاول ارجح لا محالة. (و المنافاة متحققة) اي بين ماء الرجل و ماء المرأة. و المنافاة اي لايجتمع الامران في محل واحد في زمان واحد من جهة واحدة كالمتضادين، و هذا كانه جواب سوال مقدر تقدير السوال ان يقال كيف يكون ماء الرجل مستهلكا لماء المرأة، و هما من جنس واحد، و لا منافاة بينهما، و الجنس

=> حوالة الخ راجع العناية. (١) اي الولد الخ و في العناية يعني ان الاصل ان يخلق من ماء صاحب الماء و في الكفاية اي الاصل ان يكون حكم الجزء حكم الكل. (٢) و الحاصل الخ كذا في العناية و نحوه في الفتح.

و الزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور، لان الوالد ما رضي به، و ولد الحرة حر على كل حال، لان جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية و المرقوقية و التدبير و امية الولد و الكتابة.

لايغلب الجنس و تقدير ما قاله من قوله - و المنافاة متحققة بينهما - لان طبع ماء الرجل حار، و طبع ماء المرأة بارد، و بينهما منافاة لا محالة، و ماء المرأة في مستقره يزداد قوة، و ماء الرجل في غير مستقره فيكون مغلوبا بمائها. و قال الاكمل(١) و المنافاة متحققة، جواب عما يقال الترجيح يحتاج اليه بعد التعارض و تقريره التعارض موجود لان المنافاة متحققة، فانه لو اعتبر جانب الام كان مملوكاً لسيدها، و ان اعتبر جانب الاب لايكون مملوكاً لسيدها فتثبت المنافاة، بخلاف الولد من المولى فانه للمولى اي جانب اعتبر (و الزوج قد رضي به) اي برق الولد، هذا جواب(٢) عما يقال اذا اعتبر جانب الامة حتي يكون الولد مملوكا لمولاها يتضرر الاب، و الضرر مدفوع شرعا و تقرير الجواب ان الزوج قد رضي برق الولد حيث اقدم على تزوج الامة عالما بان الولد يرق به، و فيه نظر لان العلم بكون الولد رقيقا بتزوج الامة انما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع، و كلامنا في شرعيته (بخلاف ولد المغرور، لان الوالد ما رضي به) اي لان المغرور لما تزوج الامة بلا علم لم يرض باسقاط نصيبه فصار ولده حراً بالقيمة نظراً للجانبين (و ولد الحرة حر على كل حال) اي سواء كان زوجها حرا او عبداً (لان جانبها راجح فيتبعها) اي فيتبعها الولد (في وصف الحرية) يعني يكون حراً (كما يتبعها في المملوكية) فيكون مملوكاً و هذا لرجحان جانبها بسبب الحرية فيتبعها الولد في الحرية كما في الرق (و المرقوقية) عطف على ما قبله اي يتبعها في المرقوقية ايضا (و التدبير) يعني اذا زوج مدبرته من رجل يكون الولد في حكم امه (و امية الولد) يعني اذا زوج المولى ام ولده من رجل يكون الولد (و الكتابة) يعني اذا كاتب المولى امته ثم ولدت دخل الولد في كتابة الام تبعاً و قال الكاكي اورد هذين الفصلين يعني المملوكية و المرقوقية لتغايرهما(٣) من حيث الكمال و النقصان فان في المدبرة و ام الولد الملك كامل و الرق ناقص، و في المكاتبة على عكسه، او لان المملوكية عام فيكون في بني آدم وغيرهم و المرقوقية خاصة في بني آدم فتعين ان الولد يتبع الام في العام و الخاص، و لهذا ان البقر الوحشي و الحمر الانسية و الظباء لايجوز في الاضحية و لو كان الولد بين الوحشي و الانسي و كانت الام وحشية لايجوز، و ان كانت اهلية يجوز لما ان الولد تابع للام فيها، كذا في فتاوى الولوالجي، انتهى و

---

(١) الاكمل في العناية ص٢٥٤ ج٤. (٢) هذا جواب الخ كذا في العناية. (٣) لتغايرهما االخ و نحوه في الفتح و العناية.

باب العبد يعتق بعضه

و اذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر و يسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يعتق كله و اصله ان الاعتاق يتجزا عنده فيقتصر على ما اعتق، و عندهما

قال الاترازي قال بعضهم في شرحه انما ذكر هذين اللفظين لتغايرهما الى آخر ما ذكره و فيه نظر، لان الرق لايحتمل التجزؤ، و به صرح اصحابنا في اصول الفقه، و ما لايحتمل التجزؤ كيف يقبل النقصان انتهى. و قال الكاكي ثم الولد يتبع الام في الرق و الحرية و امية الولد و الكتابة في التدبير. و في المنهاج ان ولدت المدبرة من نكاح او زنا لايصير ولدها مدبرا على المذهب، و ان دبر الحامل صار مدبرا على المذهب. و عن احمد و جابر بن زيد و عطاء لايتبعها ولدها في التدبير حتى لايعتق بموت سيدها، و الله اعلم.

(باب العبد يعتق بعضه)

اي هذا باب العبد، باضافة الباب الى العبد، باب في بيان حكم العبد حال كونه يعتق بعضه و يعتق على صيغة المجهول محله النصب على الحال، و يجوز قطع الباب عن الاضافة، و يكون قوله العبد مبتدأ و يعتق بعضه خبر له في محل الرفع. و لما فرغ من بيان اعتاق الكل شرع في بيان اعتاق البعض، و اخر هذا عن ذالك لان ذاك متفق عليه، و هذا مختلف فيه، و الاصل عدم الاختلاف، او لان الاول كثير الوقوع، فاستحق التقديم (و اذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر) و في المنافع اي زال ملكه عن ذلك البعض، و لم يرد به حقيقة العتق عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و انما اراد به ثبوت اثره، و هو زوال الملك (و يسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) و هو قول الحسن البصري، و يروى(١) عن علي رضي الله عنه (و قالا يعتق كله و اصله) اصل الخلاف بين ابي حنيفة و صاحبيه (ان الاعتاق يتجزأ عنده) اي عند ابي حنيفة (فيقتصر على ما اعتق) اي يقتصر اعتاقه على ما قدر اعتاقه (و عندهما

---

(١) و يروى عن علي رضي الله تعالى عنه رواه البيهقي في سننه باب من اعتق من مملوكه شقصا ص٢٧٤ ج١٠ و في حاشيته الجوهر النقي قلت قد روى عن علي من وجه آخر قال ابن ابي شيبة بسنده قال علي يعتق الرجل ما شاء من غلامه و ذكر صاحب الاستذكار ان هذا قول ابي حنيفة و ربيعة و الحسن و الشعبي و طاووس و حماد و عبيد بن الحسن و اهل الظاهر انتهى و في اعلاء السنن ص٣٠٧ ج١١ و سند ابن ابي شيبة هذا صحيح موصول.

لايتجزأ و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل، فلهذا يعتق كله، لهم ان الاعتاق اثبات العتق و هو قوة حكمية، و اثباتها بازالة ضدها و هو الرق الذي هو ضعف حكمي و هما لايتجزآن، فصار كالطلاق و العفو عن القصاص و الاستيلاد. و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او هو

لايتجزأ، و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى)(١) فيما اذا كان المالك واحدا او كان المعتق موسراً فعند ذلك قوله كقولهما، اما لو كان المعتق معسرا يبقى ملك الساكت كما كان حتى يجوز له بيعه و هبته، و بقول الشافعي قال مالك و احمد رحمهم الله تعالى و بقولهما قال قتادة و الثوري و الشعبي، و روى عن عمر(٢) رضي الله تعالى عنه (فاضافته) اي اضافة الاعتاق (الى البعض) اي الى بعض العبد (كاضافته الى الكل، فلهذا يعتق كله) اي كل العبد، و المراد(٣) من تجزئ الاعتاق و الملك ان يتجزأ المحل في قبول حكم الاعتاق، و هو زوال الملك بان يزول في البعض دون البعض، و ان يتجزأ المحل في قبول حكم الملك، و هو ان البعض مملوك لواحد، و البعض لآخر و ليس معناه ان ذات الاعتاق او ذات الملك يتجزأ لانه معنى واحد لاتقبل التجزئ (لهم) اي لابي يوسف و محمد و الشافعي رحمهم الله تعالى (ان الاعتاق اثبات العتق و هو) اي العتق (قوة حكمية و اثباتها بازالة ضدها، و هو الرق الذي هو ضعف حكمي و هما) اي العتق و الرق (لايتجزآن) فلايتجزا الاعتاق ايضا (فصار) اي الاعتاق (كالطلاق) فانه لايتجزأ (و العفو عن القصاص) كذلك لايتجزأ (و الاستيلاد) اي و كالاستيلاد فانه لايتجزأ، حتى لو استولد الامة المشتركة تصير كلها ام ولد له (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك) كما قالوا (او هو) اي الاعتاق ازالة الملك كما قال ابوحنيفة، يعني ازالة ملك متجزأ مفض لزواله كله الى العتق، و الحصر ظاهر، لانهم لما اختلفوا في هذين المعنيين كان اجماعاً منهم

---

(١) و هو قول الشافعي الخ راجع لهذا المبحث اوجز المسالك اوائل كتاب العتق ص٤٧١ ج٤ و اعلاء السنن ص٣٠٤ ج١١ و فتح القدير ص٢٥٧ ج٤ و مابعده و عمدة القاري باب تقويم الاشياء بين الشركاء بقيمة عدل ص٥٢ ج١٣ و باب اذا اعتق عبدا بين اثنين و مابعده ص٨٢ ج١٣ و فتح الباري الباب المذكور و مابعده ص١٨٩ ج٥ و المغنى ص٢٥٣ ج١٢ و تكملة شرح المهذب ص٥ ج١٦ و شرح النووي للصحيح المسلم كتاب العتق ص٤٩٢ ج١ و صاحب الاوجز اطال البحث فاجاد و افاد. (٢) روى عن عمر رضي الله تعالى عنه اخرجه البيهقي في سننه ص٢٧٤ ج١٠ و في المغني ص٢٥٣ ج١٢ و ان اعتق بعضه عتق كله في قول جمهور العلماء و روى ذلك عن عمر و ابنه رضي الله تعالى عنهما و به قال الحسن و الحكم و الاوزاعي و الثوري و الشافعي رحمهم الله تعالى.
(٣) و المراد الخ و نحوه في العناية ص٢٥٥ و ص٢٥٦ ج٤ و البحر ص٢٥٣ ج٤ عن غاية البيان.

ازالة الملك لان الملك حقه و الرق حق الشرع او حق العامة، و حكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف و هو ازالة حقه لا حق غيره، و الاصل ان التصرف يقتصر على موضع الاضافة و التعدي الى ما وراءه ضرورة عدم التجزؤ، و الملك متجزئ كما في البيع و الهبة، فيبقى على الاصل و تجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد و المستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله و بقاء الملك في بعضه يمنعه، فعملنا بالدليلين

ان غير ذلك ليس بمراد، و انما قال ابوحنيفة انه ازالة ملك لان الملك حقه و الرق حق الشرع، لان الله عزوجل اجرى عليه الرق جزاء الكفر حيث استنكف ان يكون عبدا لله تعالى، فجعله الله عبد عبده (او حق العامة) اي او الرق حق العامة ليكون معونة(١) للمتكلفين على اقامة التكليف، يعني الغانمين يستغنمونه كما يستغنمون سائر الاموال، فصار في حقهم بمنزلة الجماد ليصلوا الى الانتفاع بهم (و حكم التصرف ما يدخل) اي الذي يدخل (تحت ولاية المتصرف و هو) اي الذي يدخل تحت ولايته (ازالة حقه لا حق غيره) لانه ليس له ولاية التصرف في حق غيره (و الاصل) في حق التصرف (ان التصرف يقتصر على موضع الاضافة) اي موضع يضاف اليه التصرف فيه (و التعدي الى ما وراءه) اي وراء موضع الاضافة (ضرورة عدم التجزؤ) اي لاجل عدم التجزؤ (و الملك متجزئ) فزال ملكه عن البعض الذي اعتقه (كما في البيع) اذا باع نصيبه من العبد المشترك يزول ملكه عن البعض الذي باعه (و الهبة) كما اذا وهب نصيبه من العبد المشترك لشريكه يزول ملكه عن البعض (فيبقى على الاصل) و هو ان يقتصر التصرف على موضع الاضافة (و تجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد) يعني ما يتجزأ بالاعتاق بازالة بعض متجزأ حبس مالية البعض عند العبد، فتجب عليه السعاية. و الاستسعاء ان يؤجر و ياخذ قيمة نصفه من الاجرة، و يعتبر قيمته في الحال (و المستسعى) بفتح العين (بمنزلة المكاتب عنده) اي عند ابي حنيفة و قيل قوله بمنزلة المكاتب غير جيد، لان ذلك للمولى ثابت في المكاتب و هو عبد ما بقي عليه درهم، و معتق البعض زال ملكه عن البعض، فليس هو نظير المكاتب، بل الجيد ان يقال سقط ملكه و استحق الحرية بغير عوض، و اجيب بان مرادهم بقوله بمنزلة المكاتب انه لايجوز بيعه و لا هبته، و يخرج الى العتق بالسعاية و المكاتب يخرج اليه باداء البدل (لان الاضافة) اي اضافة الاعتاق (الى البعض توجب ثبوت المالكية) للعبد (في كله) باعتبار العتق (و بقاء الملك في بعضه يمنعه) عن ثبوت المالكية في الكل باعتبار العتق (فعملنا بالدليلين) لنا

---

(١) معونة الخ كذا في الكفاية.

بانزاله مكاتباً، اذ هو مالك يدا لا رقبة و السعاية كبدل الكتابة، فله ان يستسعيه، و له خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق غير انه اذا عجز لايرد الى الرق لانه اسقاط لا الى احد فلايقبل الفسخ، بخلاف الكتابة المقصودة، لانه عقد يقال و يفسخ. و ليس في الطلاق و العفو عن القصاص حالة متوسطة فاثبتناه في الكل ترجيحاً للمحرم و الاستيلاد متجزئ عنده

ان زوال الملك في النصف يوجب ثبوت المالكية في الكل باعتبار العتق، لانه لايتجزأ و بقاء الملك في النصف يوجب ثبوت المالكية باعتبار الرق، فقد اجتمع في العبد ما يوجب ثبوت المالكية في الكل، و ما يوجب بقاء الملك في الكل و العمل بالدليلين ممكن بان يجعل مكاتبا و هو قوله (بانزاله مكاتبا اذ هو) اي المكاتب (مالك يداً لا رقبة) يعني مملوك رقبة كالمستسعى و يجوز(١) ان يكون المعنى اذ هو اي معتق البعض مالك يداً لاجل السعاية، مملوك رقبة كالمكاتب و يجوز ان يكون معناه اضافة العتق الى البعض توجب ثبوت المالكية في الكل كما هو قولهما، و بقاء الملك في البعض يمنعه كما هو قول ابي حنيفة فقلنا انه حر يداً مملوك رقبة كالمكاتب عملاً بالدليلين و اذا كان المستسعى كالمكاتب (و السعاية) يكون (كبدل الكتابة فله) اي للمولى (ان يستسعيه و له خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق غير انه) هذا جواب عما يقال لو كان بمنزلة المكاتب لكان رقيقاً اذا عجز. اجاب بقوله غير انه اي المستسعى (اذا عجز لايرد الى الرق، لانه اسقاط لا الى احد) و الاسقاط لا الى احد ليس فيه معنى المعاوضة، لانها انما يتحقق بين اثنين، و اذا لم يتحقق فيه معنى المعاوضة (فلايقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة) فانه أسقاط من المولى الى المكاتب اقدارا على تحصيل بدل الكتابة، فكان فيها معنى المعاوضة فيقال و يفسخ كما قال (لانه عقد يقال و يفسخ) كلاهما على صيغة المجهول من الاقالة و الفسخ. و في بعض النسخ لانه اسقاط لا الى اجل يعني بخلاف الكتابة المقصودة فان الاسقاط فيها الى اجل و هو وقت اداء بدل الكتابة (و ليس في الطلاق و العفو عن القصاص) جواب عن قولهم و صار كالطلاق و العفو عن القصاص و تقرير الجواب انه انما يثبت العتق في الكل لامكان العمل بالدليلين لوجود (حالة متوسطة) بين الحرية و الرق، و هي الكتابة يصار اليها، و ليس في الطلاق والعتق حالة متوسطة (فاثبتناه في الكل ترجيحاً للمحرم) على المبيح (و الاستيلاد متجزئ عنده) اي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و هذا جواب عن قولهم – و الاستيلاد – و تقريره ان الاستيلاد متجزئ عند ابي

---

(١) و يجوز الخ كذا في العناية.

حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه و في القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد و اذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق، فان كان موسراً فشريكه بالخيار ان شاء اعتق، و ان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه، و ان شاء

حنيفة (حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه) اي على نصيب المستولد يعني اذا(١) ولدت الامة المدبرة بين رجلين ولدا فادعاه احدهما تصير نصف الجارية ام ولد، و نصفها مدبرة لشريكه، على انهما لو ماتا يعتق نصف الشريك من الثلث، و نصف الآخر من الجملة و ولاء الولد بينهما و في رواية كتاب الولاء نصف الولد للثاني، و ليس للولد عليه ولاء، و عليه نصف قيمة المدبر مدبراً يوم ولد، لان الولد في الظاهر منها و قد اتلف كذا ذكره شمس الائمة البيهقي في الشامل في قسم السقوط (و في القنة) جواب(٢) عما يقال لو كان الاستيلاد متجزئا لاطرد في القنة، تقدير الجواب انما لم يتجزا في القنة لان المستولد (لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان، فكمل الاستيلاد) اي كمل استيلاد القنة بالضمان فصار كانه استولد جارية نفسه لا ان الاستيلاد عنده غير متجزئ (و اذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق) اي عتق نصيبه و انما قال عتق و ان كان العتق لايتجزا بالاتفاق لما انه اراد زوال ملكه في نصيبه قاله الاترازي. و قال الكاكي عتق(٣) اي استحق العتق لزوال ملك العتق و ملك الشريك ايضا مع بقاء الرق في كل العبد عند ابي حنيفة و لايثبت شيء من العتق به (فان كان) اي المعتق (موسراً فشريكه بالخيار ان شاء اعتق و ان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه، و ان شاء

---

(١) اذا ولدت الخ و قريب منه ما في المبسوط للسرخسي ص١٨٨ ج٧ مدبرة بين رجلين ولدت ولدا فادعى احدهما الولد ففي القياس لايثبت نسبه منه لان نصيب الشريك من الولد مدبر و بالتدبير يجب حق العتق فلايملك الآخر ابطاله بالدعوة و لانه تعذر اثبات الاستيلاد في نصيب الشريك لان نصيبه مدبر لايحتمل النقل من ملك الى ملك و لكنه استحسن فقال يثبت نسبه منه لان قيام ملكه في النصف كاف لصحة دعوته و الولد محتاج الى النسب و يكون عليه نصف العقر و نصف قيمته مدبرا بخلاف الامة القنة فان هناك المستولد يصير متملكا نصيب شريكه منها من وقت العلوق فيعلق الولد حر الاصل فلهذا لايضمن قيمة الولد و هنا لايصير متملكا نصيب شريكه منها لانها مدبرة فيصير الولد مقصوداً بالاتلاف فيضمن قيمة نصيب شريكه منه مدبرا انتهى.

(٢) جواب الخ كذا في العناية. (٣) عتق الخ و في العناية و نوقش مناقشة لفظية و هي ان اباحنيفة رحمه الله تعالى لايثبت عنده شيء من العتق فما وجه صحة قوله عتق و اجيب بان المراد به ثبت استحقاق العتق او زال ملك الشريك مع بقاء الرق في كل العبد انتهى.

استسعى العبد

استسعى العبد) ذكر المصنف ثلاث خيارات كما ذكر في المبسوط. و في التحفة له خمس خيارات ان كان موسراً ان شاء اعتق و ان شاء ضمن، و ان شاء كاتب و ان شاء استسعى و ان شاء دبر، فاذا دبر يصير نصيبه مدبراً و يجب عليه السعاية للحال فيعتق، و لايجوز لان يؤخر عتقه الى ما بعد الموت، و في هذه المسالة اقوال(١) احدها: ما ذكره ابوحنيفة رحمه الله تعالى و الثاني: قولهما و الثالث: قول ربيعة(٢) بن ابي عبدالرحمن انه لايعتق شيء منه كان باذن شريكه او بغير اذنه و الرابع: قول عثمان البتي انه يعتق نصيب من اعتق، و يبقى نصيب من لم يعتق على حاله، و لا ضمان على المعتق، و هو مروي عن عمر رضي الله عنه رواه ابن ابي شيبة. و الخامس: قول الثوري و الليث شريكه بالخيار ان شاء اعتق، و ان شاء ضمن، و لم يذكر السعاية و السادس: قول زفر(٣) و بشر ان له التضمين سواء كان المعتق موسراً او معسراً و السابع: يعتق الباقي من مال المسلمين و هو قول ابن سيرين و الثامن: قول مالك(٤) يقوم عليه نصيب شريكه و ضمنها له، و يعتق كله بعد التقويم لا قبله و ان شاء شريكه اعتق نصيبه و ليس له ان يمسكه رقيقاً، و لا ان يكاتبه و لا ان يدبره و لا ان يبيعه و ان كان المعتق معسراً فقد عتق ما عتق و الباقي رقيق يبيعه الذي هو له ان شاء او يمسكه رقيقا او يكاتبه او يدبره سواء ايسر المعتق بعد

(١) اقوال و في عمدة القاري ص٥٢ ج١٣ و اعلم ان ههنا اربعة عشر مذهبا الخ ثم بينها بالبسط و التفصيل و في أوجز المسالك ص٤٧١ ج٤ و الاختلاف فيه وسيع ذكر النووي (في شرح المسلم) عشرة مذاهب و العيني على البخاري اربعة عشر مذهبا و عند التفحص يزيد عليها ايضا و ها انا اجمل مذاهبهم في ذالك مختصرا (ثم ذكر شيخ الحديث رحمه الله تعالى عشرين مذهبا). (٢) قول ربيعة الخ و قال النووي في شرح المسلم و هذا مذهب باطل مخالف للاحاديث الصحيحة كلها و الاجماع و في الاوجز حكى القاضي عن ربيعة انه قال لايعتق نصيب المعتق موسرا كان او معسرا و هكذا حكى عنه الحافظ بانه لاينفذ عتق الجزء من موسر و لا معسر قال كانه لم يثبت عنده الحديث الخ. (٣) قول زفر الخ ههنا اختصار و اجمال و يوضحه ما في الاوجز الثاني مذهب عروة و محمد بن سيرين و الاسود بن يزيد و ابراهيم النخعي و زفر ان من اعتق شركا له في عبد ضمن قيمة حصة شريكه معسرا كان او معسرا و رووا ذالك عن عبدالله بن مسعود و عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنهما قاله العيني (في العمدة ص٥٢ ج١٣) قال النووي (في شرح المسلم ص٤٩٢ ج١) مذهب زفر و بعض البصريين انه يقوم على المعتق و يؤدى القيمة اذا ايسر الخ قال الحافظ (في الفتح ص٢٠٠ ج٥) قال زفر يعتق كله و تقوم حصة الشريك فتوخذ ان كان المعتق موسرا و ترتب في ذمته ان كان معسرا. و حكاه ابن الهمام (في الفتح ص٢٦٣ ج٤) عن زفر و بشر المريسي و حكاه الباجي قولا لمالك. (٤) مالك الخ و للامام مالك رحمه الله تعالى في هذه المسألة اقوال اخر ذكرت في الاوجز.

فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق، و ان اعتق او استسعى فالولاء بينهما و ان كان المعتق معسراً فالشريك بالخيار ان شاء اعتق، و ان شاء استسعى العبد، و الولاء بينهما في الوجهين، و هذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا ليس له الا الضمان مع اليسار و السعاية مع الاعسار و لايرجع المعتق على العبد و الولاء للمعتق، و هذه المسألة تبتنى على حرفين. احدهما تجزئ الاعتاق و عدمه

اعتاقه ام لا، قيل لايعلم لاحد قبله من السلف التاسع: احد اقوال الشافعي و هو ان المعتق ان كان موسرا قوم عليه نصيب شريكه و هو حر كله حين اعتقه مولاه، و ان كان معسرا عتق ما عتق و بقي الباقي مملوكا يتصرف مالكه كيف شاء العاشر: قول ابي حنيفة في الولاء انه مشترك بين المعتق و المستسعى و هو قول الحسن البصري و حماد بن ابي سليمان و الثوري، و عندهما للمعتق دون المستسعى و هو قول ابراهيم النخعي و عامر الشعبي و ابن شبرمة و ابن ابي ليلى الحادي عشر: لو كان المعتق موسرا له عتق نصيبه منجزأ او مضافا عند ابي حنيفة و عند مالك يعتقه حالا لا الى اجل و الثاني عشر: قول مالك ان كان المعتق موسرا لايعتق نصيبه حتى يؤدي قيمة نصيب شريكه، و عند ابي يوسف و محمد و الشافعي يعتق في الحال و الثالث عشر: احد اقوال الشافعي ان الحال موقوفة فاذا ادى تبين انه اعتق كله الرابع عشر: ان العتق يسري بالارث عندنا بلاضمان، و عند الشافعي و بعض المالكية لايسري و لايضمن الخامس عشر: لو كان المشترك رهنا يسري عندنا، و بين الشافعية خلاف فيها السادس عشر: لو وصى بعتق نصيبه يسري عندنا و عند الشافعي خلاف فيها. (فان ضمن) اي الشريك المعتق بكسر التاء (رجع المعتق) بكسر التاء (على العبد و الولاء للمعتق و ان اعتق) اي الشريك (او استسعى) العبد (فالولاء بينهما) اي بين الشريكين (و ان كان المعتق معسراً فالشريك بالخيار ان شاء اعتق، و ان شاء استسعى العبد، و الولاء بينهما في الوجهين) اي في صورة الاعتاق و صورة السعاية (و هذا) اي المذكور (عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) اي ابويوسف و مُحمد رحمهما الله تعالى (ليس له) اي للشريك الساكت (الا الضمان مع اليسار) اي مع يسار المعتق (و لايرجع المعتق على العبد) اي لايرجع بما ضمن، لان العبد لايجب عليه السعاية عندهما في اليسار، و عند ابي حنيفة يرجع عليه لانه باداء الضمان قام مقام الساكت، فكان الساكت اخذ العوض منه بالاستسعاء، فكذلك كان للمعتق الرجوع عليه بما ادى (و الولاء للمعتق) بكسر التاء (و هذه المسألة) المذكورة، اي رجوع المعتق على العبد، و عدم الرجوع عند اداء الضمان (تبتني على حرفين) اي اصلين دقيقين (احدهما) اي احد الحرفين (تجزئ الاعتاق و عدمه) اي عدم التجزئ

على ما بيناه. و الثاني ان يسار المعتق لايمنع سعاية العبد عنده، و عندهما يمنع لهما في الثاني قوله عليه الصلوة و السلام في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنياً ضمن، و ان كان فقيراً سعى في حصة الآخر قسم، و القسمة تنافي الشركة و له انه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله ان يضمنه، كما اذا هبت الريح بثوب انسان و القته في صبغ غيره، حتى انصبغ فيه فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر

(على ما بيناه) اي عند قوله في اول الباب و اصله ان الاعتاق يتجزأ عنده الى آخره (و الثاني) اي الحرف الثاني (ان يسار المعتق لايمنع سعاية العبد عنده) اي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى (و عندهما يمنع) السعاية، و بين وجه الحرف الاول، و شرع هنا في بيان الحرف الثاني بقوله (لهما في الثاني) اي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى في وجه الحرف الثاني (قوله عليه الصلوة والسلام) اي قول النبي صلى الله عليه وسلم (في الرجل) الذي (يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن، و ان كان فقيراً سعى) العبد (في حصة الآخر) هذا اخرجه الائمة الستة(١) عن سعيد بن ابي عروبة عن قتادة عن النظر بن انس عن بشر نهيك عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه، قال قال رسول الله من اعتق شقصاً له في عبد فخلاصه في ماله ان كان له مال، فان لم يكن له مال يستسعى العبد غير مشقوق عليه. وجه الاستدلال ان النبي صلى الله عليه وسلم (قسم) الامرين اعني خلاص العبد و سعايته بين الحالين اعني يسار المعتق و اعساره (و القسمة تنافي الشركة) فلايكون للشريك الساكت سعاية العبد مع يسار المعتق (و له) اي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (انه احتبست مالية نصيبه) بفتح التاء على بناء الفاعل. قال السغناقي هكذا كان مقيداً بخط شيخي، و قوله مالية نصيبه بالرفع فاعل احتبست (عند العبد فله ان يضمنه) اي يضمن العبد حاصل المعنى ان مالية نصيب الشريك الساكت احتبس عند العبد، فكان للساكت ان يضمن العبد لاحتباس نصيبه عنده الا ان العبد فقير لم يكن القول بتضمنه فوجب الاستسعاء (كما اذا هبت الريح بثوب انسان و القته في صبغ غيره حتى انصبغ به، فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر

---

(١) الائمة الستة البخاري كتاب العتق. باب اذا اعتق نصيبا في عبد الخ ص٣٤١ ج١ و كتاب الشركة ص٣٣٩ و ص٣٤٠ ج١ و مسلم كتاب العتق ص٤٩٢ ج١ و كتاب النذور و الايمان ٥٣ ج٢ و ابوداود كتاب العتق باب من ذكر السعاية ص١٩٣ ج٢ و الترمذي. كتاب الاحكام باب ما جاء في العبد بين رجلين الخ ص١٦٠ ج١ و النسائي في الكبرى كتاب العتق ص١٨٥ ج٣ و ابن ماجة كتاب العتق باب من اعتق شركا له في عبد ص١٨٤ و التفصيل في نصب الراية ص٢٨٢ ج٣.

موسراً كان او معسراً لما قلنا. فكذا هاهنا، الا ان العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار التيسير، و هو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لايسار الغناء لان به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القربة و ايصال بدل حق الساكت اليه،

موسراً كان او معسراً لما قلنا) يريد به قوله و له أنه احتبست مالية نصيبه (فكذا هاهنا) اي فكما انتفع رب الثوب بالصبغ، فكذا هنا ينتفع العبد بالعتق (الا ان العبد فقير فيستسعيه فيه) اي فيستسعيه الشريك فيما يخصه، قيل(١) عليه اذا سعى فالقياس ان يرجع على المعتق، لانه هو الذي ورطه فصار كالعبد المرهون، فانه يرجع على الراهن بما سعى. و اجيب بان عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان عليه للساكت فكذلك تمنعه للعبد، و العبد انما سعى في بدل رقبته و ماليته، و قد سلم له ذلك فلايراجع به على احد، بخلاف المرهون فان سعايته ليست في بدل رقبته بل في الدين الثابت في ذمة الراهن، و من كان مجبرا على قضاء دين في ذمة الغير من غير التزام من جهته ثبت له الرجوع عليه كما في معير الرهن. فان قيل(٢) ما ذكر من وجه ابي حنيفة رحمه الله تعالى فانما هو قياس في مقابلة النص و هو باطل. اجيب بان النبي صلى الله عليه وسلم قسم على وجه الشرط لانه عليه الصلوة و السلام علق الاستسعاء بفقر المعتق، و هو لاينافي الاستسعاء عند عدمه، لان المعلق بالشرط يقتضي الوجود عند الوجود و لايقتضي العدم عند العدم جاز ان يثبت السعاية عند وجود الدليل، و ان كان موسراً و قد وجد ذلك على ما ذكر من وجه ابي حنيفة رحمه الله تعالى (ثم المعتبر يسار التيسير) الاعتبار في يسار المعتق الذي يجب به عليه الضمان هو يسار التيسير (و هو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر) فاضلاً عن ملبوسه و نفقة نفسه و نفقة عياله (لايسار الغناء) اي لايعتبر يسار الغني، هذا ظاهر الرواية، و به قال الشافعي(٣) و مالك و احمد رحمهم الله تعالى و من المشايخ من اعتبر نصاب حرمة الصدقة. و في العيون و المختار ظاهر الرواية (لان به) اي بيسار التيسير (يعتدل النظر من الجانبين) اي من جانب المعتق و جانب الشريك الساكت، لان مقصود المعتق تحقيق القربة، و مقصود الشريك حصول بدل حقه اليه، فبيسار التيسير يحصل الامران، فلا حاجة الى يسار الغني، و هو معنى قوله (بتحقيق ما قصده المعتق من القربة) اي التقرب الى الله تعالى بالعتق (و ايصال) اي و بايصال (بدل حق الساكت اليه) اي عوض نصيبه من العبد و في التحفة(٤) انما تعتبر القيمة في الضمان و السعاية يوم الاعتاق، لانه سبب الضمان و كذا يعتبر حال المعتق

---

(١) قيل عليه الخ كذا في العناية ص٢٦١ ج٤. (٢) فان قيل الخ كذا في العناية و الكفاية و راجع لهذا المبحث فتح القدير ايضا. (٣) و به قال الشافعي الخ كذا في فتح القدير. (٤) التحفة الخ و كذا في العناية و الكفاية.

ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على(١) العبد لعدم السعاية في(٢) حالة اليسار و الولاء للمعتق، لان العتق كله من جهته لعدم التجزؤ و اما التخريج على قوله، فخيار الاعتاق لقيام ملكه في الباقي اذ الاعتاق يتجزأ عنده، و التضمين لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه

في يساره و اعساره يوم الاعتاق حتى لايسقط الضمان اذا اعسر بعد اليسار، و لايثبت الضمان اذا ايسر بعد الاعسار و في التمرتاشي لو قال المعتق اعتقت و انا معسر، و قال الساكت بخلافه نظراليه يوم ظهور العتق كما في الاجارة اذا اختلفا في انقطاع الماء و جريانه، و ان مات العبد قبل ان يختار الساكت شيئا لم يكن له تضمن الموسر في رواية عن ابي حنيفة، لان التضمين بشرط نقل الملك الى العتق و قد فات النقل بالموت و في المشهور(٣) عنه له ذلك و لو(٤) باع الساكت نصيبه من المعتق او وهب على عوض في القياس ان يجوز: و في الاستحسان لايجوز، لان هذا تمليك للحال و هو غير محل له. و في جامع قاضي خان لو اعتق احد الشريكين في مرض موته و هو موسر ثم مات لايؤخذ ضمان العتق من تركته، و هو قول ابي حنيفة، بل يسقط و عندهما يؤخذ من تركته لانه ضمان اتلاف (ثم التخريج على قولهما ظاهر) اي تخريج المسألة على قول ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى ظاهر، يعني(٥) اذا علم ان هذه المسألة مبنية على حرفين، اي اصلين فالكلام في التخريج و هو على قولهما ظاهر، لان الاعتاق اذا لم يكن متجزأ كان المعتق موقعا للعتق في النصيبين جميعاً، و يساره مانع من السعاية، فوجب عليه الضمان و انتفى السعاية (فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد) اي لشريكه (لعدم السعاية) اي لاجل عدم السعاية (عليه) اي على العبد (في حالة اليسار و الولاء للمعتق لان العتق كله من جهته لعدم التجزؤ. و اما التخريج على قوله) اي على قول ابي حنيفة (فخيار الاعتاق) اي لشريكه (لقيام ملكه) اي ملك الشريك (في الباقي اذ الاعتاق يتجزأ عنده) اي عند ابي حنيفة، فاذا كان الاعتاق يتجزأ كان ملك الشريك في الباقي تاماً (و التضمين) بالرفع(٦) عطف على قوله فخيار الاعتاق اي فخيار التضمين (لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه، حيث امتنع عليه

---

(١) بما ضمن على - ن - بما على. (٢) السعاية في - ن - السعاية عليه في. (٣) و في المشهور الخ و في الكفاية و في المشهور عنه له التضمين لان الضمان يستند الى حالة الاعتاق كما في تضمين المتلفات و عندهما الضمان واجب. (٤) و لو باع الخ كذا في الكفاية. (٥) يعني الخ كذا في العناية. (٦) بالرفع الخ و في فتح القدير بالجر اي و خيار التضمين للمعتق.

البيع و الهبة ونحو ذلك مما سوى الاعتاق و توابعه و الاستسعاء لما بينا و يرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان و قدكان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق و لانه ملكه باداء الضمان ضمناً فيصير كان الكل له و قد اعتق بعضه فله ان يعتق الباقي او يستسعي ان شاء و الولاء للمعتق في هذا الوجه، لان العتق كله من جهته حيث ملكه باداء الضمان و في حال اعسار المعتق ان شاء اعتق لبقاء ملكه، و ان شاء استسعى لما بينا، و الولاء له في الوجهين لان العتق من

البيع و الهبة و نحو ذلك) التصدق(١) و الوصية (مما سوى الاعتاق و توابعه) اي توابع الاعتاق كالتدبير و الكتابة و الاستيلاد (و الاستسعاء) بالجر عطف على المضاف اليه في قوله فخيار الاعتاق قاله الاترازي و قال الاكمل معطوف على قوله و التضمين، و كذا قاله الكاكي(٢) و هذا اوجه التقدير و خيار الاستسعاء لان التقدير في التضمين و خيار التضمين كما ذكرنا (لما بينا) اشار به الى قوله احتبست مالية نصيبه عنده (و يرجع المعتق بما ضمن على العبد، لانه قام مقام الساكت باداء الضمان، و قد كان له ذلك) اي و قد كان للشريك الساكت الرجوع (بالاستسعاء) اي باستسعاء العبد (فكذالك) كان (للمعتق) ايضا لانه قام مقام الساكت كالمدبر اذا قتل في يد الغاصب و ضمن القيمة كان له الرجوع على القاتل بما ضمن (و لانه) اي و لان المعتق (ملكه) اي العبد (باداء الضمان) لشريكه (ضمناً) جواب(٣) عما يقال معتق البعض كالمكاتب عنده فينبغي ان لايتملكه بالضمان كالمكاتب لايقبل النقل من ملك الى ملك، فاجاب عنه بقوله ملكه ضمناً لاداء الضمان، و كم من شيء يثبت ضمناً و لايثبت قصداً، و الضمنيات لاتعتبر (فيصير) المعتق (كان الكل له) اي كل العبد له (و قد اعتق بعضه) اي بعض العبد (فله ان يعتق الباقي او يستسعى) العبد (ان شاء و الولاء للمعتق في هذا الوجه) اي في وجه التضمين (لان العتق كله حصل من جهته حيث ملكه باداء الضمان) اي من حيث انه تملك العبد بالضمان لحصة شريكه الساكت (و في حال اعسار المعتق ان شاء اعتق) اي ان شاء الشريك الساكت اعتق (لبقاء ملكه، و ان شاء استسعى) العبد (لما بينا) اي لبقاء ملكه (و الولاء له) اي للشريك الساكت(٤) (في الوجهين) اي في الاعتاق و الاستسعاء في نصيبه (لان العتق من

---

(١) التصدق الخ و في الفتح و نحو ذالك من الوصية و الصدقة و الاجارة و الاعارة و الامهار و الاستخدام و نحو ذالك. (٢) الكاكي و كذا قاله ابن الهمام. (٣) جواب الخ كذا في الفتح و العناية. (٤) الساكت اي مشتركا بينه و بين المعتق فتح القدير.

جهته و لايرجع المستسعى على المعتق بما ادى باجماع بيننا، لانه يسعى لفكاك رقبته او لايقضي ديناً على المعتق اذ لاشيء عليه لعسرته، بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر، لانه يسعى في رقبة قد فكت او يقضي ديناً على الراهن، فلهذا يرجع عليه و قول الشافعي رحمه الله تعالى في الموسر كقولهما، و قال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع و يوهب، لانه لا وجه الى تضمين الشريك لاعساره و لا الى السعاية لان العبد ليس بجان و لا راض به، و لا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين ما عيناه. قلنا الى الاستسعاء سبيل، لانه لايفتقر الى الجناية بل يبتني على احتباس المالية فلايصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية و الضعف

جهته) اي من جهة الساكت (و لايرجع المستسعى) بفتح العين، اسم مفعول و هو العبد (على المعتق بما ادى اجماع بيننا) قيد به احترازا عن قول ابن ابي ليلى و زفر رحمهما الله تعالى فان عندهما يرجع العبد بما سعى على المعتق كالعبد المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر و بين الفرق لنا بقوله (لانه) اي لان العبد (يسعى لفكاك رقبته) اي لان العبد هنا يسعى في تخليص رقبته عن الرق، و هو منفعة حالة له، فلهذا لايرجع، (او لا يقضي) العبد (ديناً على المعتق اذ لا شيء عليه لعسرته) اي لاعساره (بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر، لانه يسعى في رقبة قد فكت) اي لانه يسعى في رقبة تخلصت (او يقضي ديناً على الراهن، فلهذا يرجع عليه) اي فلكونه مضطراً، يرجع على الراهن، فقوله - فلكاك رقبته - على مذهبه. و قوله - او يقضي ديناً على الراهن - المعتق على مذهبهما (و قول الشافعي رحمه الله تعالى في الموسر كقولهما) اي كقول ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (و قال) اي الشافعي رحمه الله تعالى (في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع و يوهب، لانه لا وجه الى تضمين الشريك لاعساره) اي لاعسار الشريك (و لا الى السعاية) اي و لا وجه ايضا الى الاستسعاء (لان العبد ليس بجان و لا راض به) اي باعتاق المعسر، لان الرضي لايتحقق الا بالعلم، و المولى منفرد باعتاقه بدون علمه (و لا الى اعتاق الكل) اي و لا وجه ايضا الى اعتاق الكل (للاضرار بالساكت) اي للزوم الضرر بالشريك (فتعين ما عيناه) و هو عتق ما عتق و رق ما رق (قلنا الى الاستسعاء سبيل، لانه لايفتقر) في وجوده (الى الجناية) كما في اعتاق العبد المرهون اذا كان الراهن معسراً (بل يبتني على احتباس المالية) اي مالية نفسه احتبست عنده فيستسعيه. و اذا كان الى الاستسعاء سبيل (فلايصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية) الحاصلة من اعتاق البعض (و الضعف

السالب لها في شخص واحد قال و لو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و كذا اذا كان احدهما موسراً و الآخر معسراً، لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه، فصار مكاتباً في زعمه عنده و حرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه و يستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذباً كان او صادقاً، لانه مكاتبه او مملوكه

السالب لها) اي للمالكية، بصحة البيع و امثاله (في شخص واحد) قال الكاكي قوله - فلايصار الى الجمع... الى آخره - يعني كونه حراً في نصفه و رقيقاً في نصفه، اذ لايشهد له اصول الشرع، كما لايشهد بان يكون نصف المراة مطلقة و نصفها غير مطلقة او قتل نصف رجل و يبقى نصفه غير مستحق للقتل، و لان الغرض من المالكية ملك الاشياء باسبابها و ملك الاشياء باسبابها انما يتصور في الاشخاص لا من الانتقاض فيستسعى لئلا تؤدى الى المالكية و عدمه في واحد، و الاستسعاء لايفتقر الى الجناية، بل هو مبني على احتباس المالكية كما اذا وقع ثوب بهبوب الريح في صبغ انسان، و قد ذكرناه و قال تاج الشريعة قوله - و لايصار الى الجمع .. الى آخره - بيانه ان اثر الحرية المالكية و الولاية و جواز الشهادة و اثر الرق سلب هذه الاحكام، و يستحيل كون نصف الشخص مالكا وليا و مملوكاً عاجزاً، و اذا تعذر الجمع ترجح جانب الحرية، لانها وصف اصلي، فاعتباره اولى، فقلنا بخروجه الى الحرية بالسعاية، و لايشكل قول ابي حنيفة لانه لايقول بزوال الرق (قال) اي القدوري في مختصره (و لو شهد كل واحد) اي اقر، قاله تاج الشريعة (من الشريكين على صاحبه بالعتق) اي بالاعتاق بنصيبه (سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه سواء موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و كذا اذا كان احدهما موسراً و الآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار مكاتباً في زعمه) اي في زعم كل واحد منهما، الزعم بفتح الزاي و ضمها لغتان فصيحتان كالضعف و الضعف حكاهما ابن السكيت، و قرأ الكسائي قوله تعالى هذا الله بزعمهم(١) بضم الزاي، و الباقون بفتحها، قال ابن دريد و اكثر ما يقع الزعم على الباطل في القرآن و في فصيح الشعر (عنده) اي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى (و حرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه، فيمنع من استرقاقه و يستسعيه، لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقاً لانه مكاتبه) اي لان العبد مكاتبه على تقدير الصدق (او مملوكه) على تقدير الكذب و كسب المملوك

---

(١) بزعمهم - الانعام - ١٣٧.

فلهذا يستسعيانه، و لايختلف ذلك باليسار و الاعسار لان حقه في الحالين في احد شيئين لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده، و قد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الآخر و هو السعاية و الولاء لهما، لان كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه باعتاقه و ولاءه له، و عتق نصيبي بالسعاية و ولاؤه لي. و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى ان كانا موسرين فلاسعاية عليه، لان كل واحد منهما يبرأ(١) عن سعايته بدعوى الضمان على صاحبه، لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما، الا ان الدعوى لم تثبت لانكار الآخر، و البراءة عن السعاية قد ثبتت(٢) لاقراره على نفسه، و ان كانا معسرين سعى لهما، لان كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقاً كان او كاذباً على ما بيناه،

لمولاه، و هنا لف و نشر مشوش (فلهذا) اي فلاجل ان العبد مكاتب او مملوك (يستسعيانه) اي يستسعى الشريكان العبد لاجل التيقن بحق الاستسعاء (و لايختلف ذلك) اي الاستسعاء (باليسار و الاعسار لان حقه) اي حق الذي شهد (في الحالين) اي في حال يسار شريكه الذي اعتق نصيبه و حال اعساره (في احد شيئين) من تضمين الشريك و استسعاء العبد (لان يسار المعتق لايمنع السعاية عنده) اي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى (و قد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الآخر و هو السعاية) فان قيل(٣) لم يتعذر التضمين على تقدير التحليف فانه لما انكر يحلف، و ان نكل يجب الضمان. قلنا لما كان من اعتقاد كل واحد انه اعتقه صاحبه يحلف لم يجب الضمان على تقدير الحلف فتعين السعاية، فلا فائدة في التحليف، بل تتعين السعاية، فلاتحليف لان مآله اليه(٤) (و الولاء لهما) اي للشريكن (لان كلاً منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه باعتاقه، و ولاءه له، و عتق نصيبي بالسعاية و ولاؤه لي) و لكن ينبغي لك ان تعلم ان هذا كله بعد ان يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، لان كل واحد منهما يدعي على الآخر الضمان، و الضمان مما يصلح بدله فيستحلف عليه (و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى ان كانا موسرين فلاسعاية عليه لان كل واحد منهما يبرأ عن سعايته بدعوى الضمان على صاحبه، لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما) اي عند ابي يوسف و محمد (الا ان الدعوى لم تثبت لانكار الآخر، و البراءة عن السعاية قد تثبت لاقراره على نفسه و ان كانا معسرين سعى لهما، لان كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقاً كان او كاذباً على ما بيناه) اشارة الى

---

(١) يبرأ - ن - يتبرأ. (٢) ثبتت - ن - تثبت. (٣) فان قيل الخ كذا في العناية و الفتح. (٤) اليه - اي الى السعاية.

اذ المعتق معسر ان كان احدهما موسراً. و الآخر معسراً سعى للموسر منهما، لانه لايدعى الضمان على صاحبه لاعساره و انما يدعي عليه السعاية و لا يتبرأ عنه و لايسعى للمعسر منهما، لانه يدعي الضمان على صاحبه ليساره، فيكون مبرئا للعبد عن السعاية، و الولاء موقوف في جميع ذلك عندهما، لان كل واحد منهما يحيله على صاحبه، و هو يتبرأ منه، فيبقى موقوفاً الى ان يتفقا على اعتاق احدهما. و لو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غداً فهو حر، و قال الآخر ان دخل فهو حر، فمضى الغد و لا يدري دخل(١) ام لا عتق النصف و سعى لهما في النصف، و هذا عند ابي حنيفة و ابى يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى يسعى في جميع قيمته،

قوله - لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقاً كذا قاله الاترازي والكاكي و قيل هو اشارة الى قوله لانه مكاتبه او مملوكه قاله الاكمل قلت قائل هذا تاج الشريعة (اذ المعتق معسر) اي لان المعتق معسر (و ان كان احدهما موسراً و الآخر معسراً سعى) اي العبد (للموسر منهما، لانه لايدعي الضمان على صاحبه لاعساره و انما يدعي عليه السعاية و لايتبرأ عنه) اي عن السعاية ذكره على تاويل الاستسعاء (ولايسعى للمعسر منهما لانه لايدعي الضمان على صاحبه ليساره، فيكون مبرأ للعبد عن السعاية، و الولاء موقوف في جميع ذلك عندهما) اي عند ابي يوسف و محمد (لان كل واحد منهما يحيله) اي يحيل الولاء على صاحبه (و هو يتبرأ عنه) اي صاحبه يتبرأ عن الولاء (فيبقى موقوفاً الى ان يتفقا) اي الشريكان (على اعتاق احدهما) و ذلك لان كل واحد منهما يزعم ان الولاء لصاحبه و شريكه يجحد ذلك (و لو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غداً فهو حر، و قال الآخر) اي الشريك الآخر (ان دخل فهو حر فمضى الغد و لايدري دخل ام لا عتق النصف) اي نصف العبد (و سعى) اي العبد (لهما) اي للشريكن (في النصف، و هذا عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى يسعى في جميع قيمته) هذه المسألة من مسائل الجامع الصغير، و لكن يذكر عن ابي يوسف و محمد فيه، و انما ذكر قولهما في الجامع الكبير و في عتاق الاصل ففيما ذكره المصنف ابهام، لان عند ابي يوسف انما يسعى في النصف اذا كانا معسرين و اما اذا كان احدهما موسراً يسعى له في نصف القيمة. و قال الاترازي العذر لصاحب الهداية انه اشار الى ذلك بعد هذا بقوله و سيأتي التفريع فيه على ان اليسار يمنع السعاية او لايمنعها على الاختلاف الذي سبق. ثم جواب

---

(١) دخل - ن - ادخل.

لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول و لايمكن القضاء على المجهول فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم، فانه لايقضي بشيء للجهالة، كذا هذا و لهما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية، لان احدهما حانث بيقين، و مع التيقن بسقوط النصف كيف يقضي بوجوب الكل و الجهالة ترتفع بالشيوع و التوزيع،

المسألة مشروحاً على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه يعتق نصف العبد و يسعى في نصف قيمته بينهما نصفين سواء كانا موسرين او معسرين. و في قول ابي يوسف رحمه الله تعالى ان كانا موسرين فلايسعى في شيء، و ان كانا معسرين سعى لهما في نصف القيمة، فكل منهما في الربع، و ان كان احدهما موسراً و الآخر معسراً سعى للموسر في ربع قيمته، و لايسعى للمعسر في شيء. و في قول محمد رحمه الله تعالى ان كانا موسرين فلاسعاية، و ان كانا معسرين يسعى لهما في جميع القيمة، و ان كان احدهما موسراً و الآخر معسراً سعى للموسر في نصف القيمة و لايسعى للمعسر في شيء (لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول)(١) لانه اما هذا او هذا (فلايمكن القضاء على المجهول) و لايمكن القول بالتوزيع(٢) ايضا لما فيه من اسقاط السعاية لغير المعتق و ايجاب السعاية للمعتق، و لان كل واحد منهما شهد على صاحبه بالحنث فكان كعبدين شهد كل واحد منهما على الآخر بالاعتاق، ثم يسعى في جميع القيمة اذا كانا معسرين، فكذا هنا و نظر المصنف لما قاله محمد بقوله (فصار كما اذا لغيره لك على احدنا الف درهم، فانه لايقضى بشيء للجهالة، كذا هذا و لهما) اي لابي حنيفة و لابي يوسف رحمهما الله تعالى (انا تيقنا بسقوط نصف السعاية) و هو مثبت للعتق (لان احدهما حانث بيقين، و مع التيقن بسقوط النصف كيف يقضي بوجوب الكل) لانه يكون ظلماً (والجهالة ترتفع بالشيوع) هذا جواب عن قوله لان المقضي عليه مجهول، و تقريره ان الجهالة ترتفع بالشيوع(٣) اي بشيوع النصف الذي عتق (و التوزيع) اي و بتوزيعه(٤) لان بالتوزيع يصير المقضي عليه

---

(١) مجهول و هو الذي تحقق شرطه الذي علق عليه عتق العبد فتح القدير. (٢) بالتوزيع الخ و في فتح القدير و لا التوزيع لانه يؤدي الى اسقاط بعض حق من له الحق وهو الذي لم يقع شرطه ولم يعتق العبد من جهته و اعطائه لغير مستحقه و هو الذي وقع شرطه و عتق من جهته بخلاف العتق المبهم لانه غير واقع في المعين فلم ينافيه التوزيع انتهى. (٣) بالشيوع و في الفتح اي شيوع النصف الذي عتق في نصيب الشريكين. (٤) و بتوزيعه فان قيل في التوزيع فساد و هو اسقاط السعاية عن غير المعتق و ايجابه للمعتق اجيب بان ذالك متحمل ضرورة دفع الضرر عن العبد و ذالك لانا لو لم نقل بالتوزيع و قلنا بوجوب كل السعاية كما قال محمد رحمه الله تعالى كان في ابطال حق العبد من كل وجه و اما اذا قلنا بالتوزيع فقد كان فيه ابطال حق غير المعتق من وجه فكان =>

كما اذا اعتق احد عبديه لا بعينه او بعينه و نسيه و مات قبل التذكر او البيان و يتاتى التفريع فيه على ان اليسار هل يمنع السعاية او لايمنعها على الاختلاف الذي سبق و لو حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما لم يعتق واحد منهما لان المقضي عليه بالعتق مجهول و كذلك المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء. و في العبد الواحد المقضي به معلوم، فغلب المعلوم المجهول و اذا اشترى الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب، لانه ملك شقص قريبه و شراؤه اعتاق على ما مر، و لا ضمان عليه علم الآخر انه ابن شريكه او لم يعلم. و كذلك اذا ورثاه و الشريك بالخيار ان شاء اعتق

المولیين، و لا جهالة فيهما (كما اذا اعتق احد عبديه لا بعينه) بان قال لعبديه احدهما حر، و لم يعينه (او عينه) اي لو قال احدهما حر و عينه (و نسيه) اي نسي الذي عينه (و مات قبل التذكر(١) او البيان) فانه يعتق من كل واحد منهما نصفه، و يسعى كل واحد منهما في نصفه. و عند الشافعي في قول يقرع بينهما، و في قول الوارث يقام مقامه في البيان، و هو الاصح (و يتاتي التفريع فيه) في هذا الوجه (على ان اليسار يمنع السعاية او لايمنعها على الاختلاف الذي سبق) و هو ان اليسار لايمنع السعاية عند ابي حنيفة و عندهما يمنع، و صورته ذكرناها عن قريب بقولنا ثم جواب المسألة مشروحاً فليراجع (و لو حلفا على) عتق (عبدين كل واحد منهما لاحدهما) يعني اذا كان لكل واحد منهما عبد على حدة، فقال ان دخل فلان الدار غداً فعبدي حر، و قال الآخر ان لم يدخل فمضى الغد و لم يدر الدخول و عدمه (لم يعتق واحد منهما) اي من العبدين في قولهم جميعاً (لان المقضي عليه) و هو المولى (بالعتق مجهول و كذلك المقضي له) و هو العبد مجهول (فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء) لتفاحش الجهالة (و في العبد الواحد) بين اثنين المقضي عليه معلوم، و كذا (المقضي به) و هو عتق نصف العبد (معلوم) لان احدهما حانث لامحالة (فغلب المعلوم المجهول) لان المعلوم اكثر من المجهول (و اذا اشترى الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب، لانه ملك شقص قريبه) اي الاب ملك نصف ابنه (و شراؤه اعتاق على ما مر) في فصل من ملك ذا رحم محرم (و لا ضمان عليه) اي لا ضمان على الاب لشريكه الذي اشتراه معه سواء (علم الآخر انه ابن شريكه او لم يعلم) لانه باشر علة العتق و هي الشراء، فكان منه رضي بالدلالة كما اذا رضي فصار صريحاً (و كذلك) اي و كذلك عتق نصيب الاب (اذا ورثاه)(٢) اي الابن، و كذلك حكم الصدقة و الوصية و الهبة (و الشريك بالخيار ان شاء اعتق

=> التوزيع اولى - العناية و الكفاية. (١) قبل التذكر في الثاني او البيان في الاول - فتح. (٢) ورثاه =>

نصيبه و ان شاء استسعى العبد و هذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا في الشراء يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسراً و ان كان معسراً سعى الابن في نصف قيمته لشريك ابيه، و على هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة او صدقة او وصية و على هذا اذا اشتراه رجلان و احدهما قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه. لهما انه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق، لان شراء القريب اعتاق، و صار كما(١) اذا كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه، و له انه رضي بافساد نصيبه فلايضمنه، كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحاً، و دلالة ذلك انه

نصيبه، و ان شاء استسعى العبد) سواء كان الذي عتق عليه موسراً او معسراً (و هذا) اي و هذا الحكم المذكور (عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) اي قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى (في الشراء يضمن الاب نصف قيمته) اي قيمة الابن (ان كان) اي الاب (موسراً و ان كان معسراً سعى الابن في نصف قيمته لشريك ابيه و على هذا الخلاف) اي الخلاف المذكور بين ابي حنيفة و صاحبيه (اذا ملكاه) اي اذا ملك الاب و الآخر ابنه (بهبة) اي بان وهبه لهما رجل (او صدقة) بان تصدق به شخص عليهما (او وصية) بان اوصى به شخص لهما (و على هذا) الخلاف (اذا اشتراه رجلان و احدهما) اي و الحال ان احدهما (قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه) قيد بالنصف(٢) لانه اذا حلف بعتقه ان اشتراه لايعتق بشراء النصف لعدم الشرط (لهما) اي لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (انه) اي الاب (ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق، لان شراء القريب اعتاق و صار هذا كما اذا كان العبد بين اجنبيين) يعني مشتركاً بينهما (فاعتق احدهما نصيبه) يعني نصيب الآخر، لان الاعتاق لايتجزأ عندهما فيضمن لصاحبه قيمة نصيبه ان كان موسراً و الا فالعبد يسعى (و له) اي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (انه رضي بافساد نصيبه) و لا عدوان مع الرضى (فلا يضمنه) اي فلايضمن صاحبه (كما اذا كان اذن له) اي لشريكه (باعتاق نصيبه صريحاً) بان قال له اعتق نصيبك فاعتقه لايضمن، ثم بين المصنف وجه المساواة في الوجهين بقوله (و دلالة ذلك) اي دلالة الرضى بافساد نصيبه (انه) اي ان الشريك

=> يعني بالاتفاق و صورته امراة اشترت ابن زوجها فماتت عن اخ و زوج كان النصف للزوج و يعتق عليه او امراة لها زوج و اب و لها غلام و هو ابو زوجها فماتت المراة صار غلامها ميراثا بين زوجها و ابيها- العناية والكفاية. (١) و صار كما - ن - و صار هذا كما. (٢) قيد بالنصف الخ و في العناية انما قيد بالنصف لانه اذا حلف بعتقه ثم اشتراه بشركة الآخر لايعتق عليه لان الشرط شراء كل العبد و لم يوجد انتهى.

شاركه فيما هو علة العتق و هو الشراء، لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضاء و لايختلف الجواب بين العلم و عدمه، و هو ظاهر الرواية عنه

(شاركه فيما هو علة(١) العتق، و هو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به) اي شراء القريب (عن عهدة الكفارة عندنا) خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى و قال الاترازي قوله - لانه شاركه ... الى آخره - فيه تسامح، لان شراء القريب علة الملك و الملك علة العتق، فيكون الشراء علته، و الحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة كما في سوق الدابة و قودها (و هذا ضمان افساد) يعني لاضمان تملك، و ضمان التملك لايختلف باليسار اشار اليه بقوله - حتى يختلف - اي الضمان باليسار و الاعسار فيسقط بالرضي و قد وجد حيث باشر السبب بخلاف ضمان الملك، فانه لايسقط بالرضي لانه بناء على التملك، و هذا قائم، اما ضمان الافساد فبناء على الجناية، و لما رضي لم يبق فعله جناية فيسقط، و انما قيد بالظاهر(٢) احترازاً عما روي عن ابي يوسف رحمه الله تعالى اذا قال لصاحبه اعتق نصيبك فاعتق يضمن، جعله ضمان التملك حيث لم يسقط الضمان بالرضي ذكر رواية ابي يوسف علاء الدين العالم في طريقة الخلاف. و قال الاكمل(٣) قوله و هو ضمان افساد يجوز ان يكون جواباً عما يقال انما كان الرضي مسقطا للضمان ان لو كان ضمان افساد، و اما اذا كان ضمان تملك فلايسقط به كما اذا استولد احد الشريكين الجارية باذنه، فانه لايسقط به الضمان، لانه ضمان تملك و وجه الجواب انه ضمان افساد (في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار و الاعسار و لايختلف الجواب بين العلم و عدمه) اي بين ان يعلم انه ابوه و بين ان لايعلم (و هو ظاهر الرواية عنه) اي عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى و احترز بالظاهر عن رواية الحسن بن زياد عنه بانه اذا لم يكن عالما بانه ابوه لايكون راضياً. و قال ابوالليث في شرح الجامع الصغير ذكر ابويوسف في الامالي اذا كان الشريك لم يعلم فاشتراه فهو بالخيار ان شاء اجاز البيع، و ان شاء نقض، لان المبيع قد تغير قبل القبض،

---

(١) علة العتق الخ و في العناية و المراد بالعلة علة العلة لان الشراء علة التملك و التملك في القريب علة العتق و الحكم يضاف الى علة العلة اذا لم تصلح العلة للاضافة اليها و ههنا كذلك لان التملك حكم شرعي يثبت بعد مباشرة علته بغير اختيار بخلاف الارث فانه لا اعتاق هناك و لهذا لايخرج به عن الكفارة. (٢) و انما قيد بالظاهر الخ و في الكفاية انما قيد بقوله في ظاهر قولهما لانه عن ابي يوسف رحمه الله ان هذا ضمان تملك فلايختلف باليسار و الاعسار و عن ابي يوسف رحمه الله في رواية ان ضمان الاعتاق ايضا ضمان تملك حتى لايسقط حق الشريك في التضمين بالاذن انتهى. (٣) و قال الاكمل في العناية ص٢٧١ ج٤.

لان الحكم يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام و هو مملوك للآمر، و لايعلم الآمر بملكه. و ان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب نصفه الآخر و هو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب، لانه ما رضي بافساد نصيبه، و ان شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده، و هذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لان يسار المعتق لايمنع السعاية عنده و قالا لاخيار له و يضمن الاب نصف قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما. و من اشترى نصف ابنه و هو موسر فلاضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يضمن اذا كان موسرا و معناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلايضمن لبائعه شيئا عنده

كما اذا اشتريا عبدا فاعتقه احدهما قبل القبض كان الآخر بالخيار اجاز او نقض (لان الحكم يدار على السبب) يعني لان سقوط حقه في الضمان يدور مع كونه مشاركا في السبب و ذلك لايختلف بالعلم و عدمه (كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام و هو مملوك للآمر و لايعلم الآمر بملكه) فاكله المامور لم يكن للآمر ان يضمنه شيئاً و ان كان غير راض به لانه باشر بسبب الوضي و هو الآمر (و ان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه) اي نصف الابن اراد ان رجلاً اشترى نصف ابن الرجل (ثم اشترى الاب نصفه الآخر و هو موسر) اي و الحال ان الاب موسر (فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب، لانه ما رضي بافساد نصيبه) اي الاجنبي ما رضي بافساد نصيبه (و ان شاء استسعى) اي الاجنبي (الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده) اي عند الابن (و هذا) اي هذا الحكم (عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لان يسار المعتق لايمنع السعاية عنده) اي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قد علم ذلك فيما تقدم (و قالا) اي قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لا خيار له) اي للاجنبي (و يضمن الاب نصف قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما) و قد علم هذا ايضا فيما تقدم. و حاصل هذه المسألة ان الاب يضمن في هذه الصورة في قولهم جميعاً لان الرضي لم يوجد من الشريك لعدم مشاركته مع الاب فيما هو علة العتق و قد اتفقوا في الضمان، و اختلفوا في الخيار كما ذكرنا (و من اشترى نصف ابنه و هو موسر فلاضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يضمن ان كان موسرا) و هذه المسألة من مسائل الجامع الصغير، و اوضحها المصنف بقوله (و معناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله) اي كل الابن (فلايضمن لبائعه شيئا عنده) اي عند ابي حنيفة لانه رضي بافساد نصيبه لمشاركته فيما هو علة العتق، و عندهما يضمن لانه بطل نصيب صاحبه بالاعتاق، و قيد بقوله ممن يملك كله،

و الوجه قد ذكرناه و اذا كان العبد بين ثلاثة نفر، فدبره احدهم و هو موسر ثم اعتقه الآخر و هو موسر فارادوا الضمان، فللساكت ان يضمن المدبر ثلث قيمته قنا و لايضمن المعتق، و للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً و لايضمنه الثلث الذي ضمن و هذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا العبد كله للذي دبره

لانه اذا اشترى نصيب احد الشريكين منه ضمن للساكت بالاتفاق، كما في المسألة المتقدمه (و الوجه قد ذكرناه) اشارة الى قوله لهما انه ابطل و له انه رضى (و اذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره احدهم و هو موسر) اي و الحال انه موسر (ثم اعتقه الآخر فارادوا الضمان) انما قال ارادوا بضمير الجمع على سبيل التغليب، و هذا لان المعتق لايريد الضمان، و لايريد الضمان الا الساكت و المدبر بكسر الباء (فللساكت ان يضمن للمدبر) بكسر الباء (ثلث قيمته قنا و لايضمن المعتق و للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً) اي ثلث قيمة العبد حال كونه مدبرا (و لايضمنه) اي و لا يضمن المعتق (الثلث الذي ضمن) بيان ذلك(١) ان قيمة العبد اذا كانت سبعة و عشرين درهما مثلاً، فللساكت ان يضمن المدبر تسعة و المدبر يضمن المعتق ستة، و ذلك لان قيمة المدبر ثلثا قيمة القن، فبالتدبير تلفت منه تسعة، فكان الاتلاف واقعا على قيمة المدبر و هي ثلثا قيمة القن و هي ثمانية عشر و ثلث ثمانية عشر ستة فيضمن المدبر المعتق تلك الستة فقط، و لايضمن التسعة التي هي نصيب الساكت مع تلك الستة التي يضمنه اياها (و هذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) اوضح الاترازي مذهب ابي حنيفة رحمه الله تعالى بقوله اعلم ان العبد بين ثلاثة اذا دبره احدهم و اعتقه الآخر، و هما مدبران كان للساكت ان يضمن المدبر ثلث قيمته، و يرجع به المدبر على العبد نص عليه الحاكم في الكافي، و ليس له ان يضمن المعتق لانه لو ضمنه كان الملك له بالضمان و المدبر بفتح الباء ليس بقابل للملك سوى المدبر، و انما يضمن الساكت المدبر اذا كان موسراً، و ان شاء استسعى العبد فيه لانه افسد تدبيره فيضمنه، و مالية العبد احتبست عند العبد فيستسعيه، اما اذا كان المعتق معسراً فللمدبر استسعاء العبد دون التدبير، كذا قاله الفقيه ابوالليث في شرح الجامع الصغير، و ليس للمدبر ان يرجع على المعتق بالثلث الذي ضمن للساكت، لان ملك المدبر في ذلك الثلث ثابت من وجه دون وجه، و ذلك لانه ثبت مستنداً باداء الضمان، فبالنظر الى اداء الضمان يثبت به الملك، فلما كان ذلك لم يظهر في حق التضمين ثم الساكت اذا اختار تضمين المدبر كان ثلث الولاء للمدبر، و الثلث للمعتق و ان اختار سعاية العبد كان الولاء بينهم اثلاثا، و به صرح الفقيه و هذا كله قول ابي حنيفة (و قالا العبد كله للذي دبره

---

(١) بيان ذالك الخ كذا في العناية.

اول مرة و يضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسراً كان او معسراً و اصل هذا ان التدبير يتجزأ عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعبه فيكون معتبراً به، و لما كان متجزئاً عنده اقتصر على نصيبه و قد افسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما ان يدبر نصيبه او يعتق او يكاتب او يضمن المدبر او يستسعي العبد او يتركه على حاله، لان نصيبه باق على ملكه فاسداً بافساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعاً و هبة على ما مر، فاذا اختار احدهما العتق تعين حقه فيه و سقط اختياره

اول مرة) يعني لما دبره احدهم صار كله مدبراً له، و العتق باطل لان التدبير عندهما لايتجزأ كالاعتاق عندهما (و يضمن) اي المدبر (ثلثي قيمته لشريكيه) المعتق و الساكت سواء (موسراً كان) اي المدبر (او معسراً) اي او كان معسراً و الولاء كله للمدبر، و انما يقع الفرق بين العتق و التدبير في حرف و هو ان المعتق لايضمن اذا كان معسراً و في التدبير يضمن و ان كان معسراً لانه لما دبر فقد ملك كله، لانه يملك خدمته، فصار وجوب الضمان بالبدل و الضمان اذا كان بالبدل استوى فيه العسر و اليسر كجارية بين رجلين جاءت بولد، فادعاه احدهما صارت ام ولده فيضمن نصف قيمتها و نصف عقرها موسراً كان او معسراً بخلاف ضمان الاعتاق، فانه ضمان اتلاف لا ضمان تملك، لانه لايحصل البدل بالضمان فاختلف بالعسر و اليسر، و ان كان غنياً ضمن و ان كان فقيرا سعى العبد (و اصل هذا) الخلاف (ان التدبير يتجزأ عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما كالاعتاق) فانه يتجزا عنده خلافا لهما (لانه) اي لان التدبر (شعبة من شعبه) اي من شعب الاعتاق (فيكون معتبراً به) اي بالاعتاق يعني يتجزأ كما يتجزأ الاعتاق (و لما كان) اي التدبير (متجزئا عنده) اي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى (اقتصر على نصيبه) اي على نصيب المدبر (و قد افسد بالتدبير نصيب الآخرين و هما المعتق و الساكت (فلكل واحد منهما ان يدبر نصيبه او يعتق او يكاتب او يضمن المدبر) بكسر الباء (او يستسعي العبد او يتركه على حاله لان نصيبه) اي نصيب كل واحد من الآخرين (باق على ملكه فاسداً) اي حال كونه فاسداً (بافساد شريكه) اي شريك كل واحد منهما، و اراد بالشريك المدبر (حيث سد عليه) اي حيث سد المدبر على كل واحد منهما (طرق الانتفاع به) اي بالعبد (بيعا) ي من حيث البيع (و هبة) اي من حيث الهبة و كذلك من حيث الوصية و الصدقة و الامهار (على ما مر) اشارة الى قوله لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع و الهبة و نحو ذلك و ذكره في المسألة الثانية من هذا الباب (فاذا اختار احدهما) اي احد الآخرين و هما المعتق و الساكت (العتق تعين حقه فيه) اي في العتق يعني فعتق منه لمصادفة ملكه لكونه متجزئا عنده (و سقط اختياره

غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر و اعتاق هذا المعتق، غير ان له ان يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا و امكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير و لايمكن ذلك في الاعتاق لانه عند ذلك مكاتب او حر على اختلاف الاصلين و لابد من رضاء المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال،

غيره) اي غيرالعتق من السعاية و الكتابة و التضمين وغيرها (فتوجه للساكت سبباً ضمان) و فسرهما بقوله (تدبير المدبر، و اعتاق هذا المعتق) يعني ان كل واحد منهما سبب الضمان (غير ان له) اي للساكت (ان يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل) اي ضمان المعاوضة هو الاصل في الضمان، لان الضمان يقتضي ان يصير المضمون ملكاً للضامن و لايكون ذلك الا في ضمان المعاوضة لا في ضمان جناية و اتلاف و ضمان المدبر ضمان معاوضة (حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا) و قال الكاشاني في الدليل على ان الغصب ضمان معاوضة مسألة الماذون و هي ان اقراره بالغصب يصح ايضا مع اقراره بضمان الاتلاف مؤخراً الى ما بعد العتق، و اذا كان الاصل في الضمانات ضمان معاوضة في الغصب مع انه عدوان ففي الاعتاق. و هو مشروع اولي فلايترك هذا الاصل، اي ضمان المعاوضة الا لضرورة العجز (و امكن ذلك) اي ضمان المعاوضة (في التدبير) اي في ضمان التدبير (لكونه قابلاً للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير، و لايمكن ذلك) اي النقل من ملك الى ملك (في الاعتاق، لانه عند ذلك) اي عند الاعتاق (مكاتب او حر) و في بعض النسخ، لانه عند ذلك مدبر (على اختلاف الاصلين) يعني ان العبد معتق البعض مكاتب عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما حر عليه دين و قال الامام(١) جلال الدين ابن المصنف قوله - مكاتب او حر على اختلاف الاصلين - غير مستقيم و كذا قوله (و لابد من رضي المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال) لانه عند الاعتاق ليس بمكاتب و لا حر، و انما يصير كذلك بعد الاعتاق و المستسعى عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و ان كان بمنزلة المكاتب الا انه لاينفسخ بالعجز و لا بالتفاسخ، و انما الصحيح ان يقال لانه عند ذلك مدبر. و قال الاكمل للساكت حق الاستسعاء و كل من فيه حق الاستسعاء بمنزلة المكاتب، كما ان فيه حق البيان كذلك على ما سيجيء في هذا الكتاب في مسألة الثابت و الخارج و الداخل ان للمولى حق بيان الايجاب في كل واحد من الثابت و الخارج، فما دام له حق البيان كان

---

(١) و قال الامام الخ كذا في العناية و الفتح و الكفاية.

فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر، ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً لانه افسد عليه نصيبه مدبراً و الضمان يتقدر بقيمة المتلف و قيمة المدبر ثلثا قيمته قناً على ما قالوا، و لايضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت، لان ملكه ثبت مستنداً و هذا ثابت من وجه دون وجه

كل منهما حرا من وجه، عبداً من وجه، فكان الثابت كالمكاتب، فكذا هنا ما دام له حق السعاية في المدبر كان بمنزلة المكاتب و اما ان الكتابة تقبل الفسخ فقد تقدم في فصل كفارة الظهار، انها تنفسخ بمقتضى الاعتاق، فكذا تنفسخ بالتراضي (فلهذا) اي فلاجل كون المدبر عند الاعتاق غير قابل للانتقال (يضمن المدبر) اي يضمن الساكت المدبر بكسر الباء (ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته) حال كونه (مدبرا لانه) اي لان المعتق (افسد عليه) اي على المدبر (نصيبه) حال كونه (مدبراً و الضمان يتقدر بقيمة المتلف) يعني منهما كان قيمته ما اتلف يضمن ذلك المتلف (و قيمة المدبر ثلثا قيمته قنا) اي من حيث كونه قنا. و قد مر بيان ذلك عند قوله - و لايضمن المعتق الثلث الذي ضمن - و في قيمة المدبر اختلاف للمشايخ، قال البلخي قيمته نصف قيمة القن، لانه ينتفع بالمملوك على وجهين بعينه و ببدله فالانتفاع ببدله فائت، و الانتفاع بعينه باق، كذا في النوازل و قال بعضهم تمام قيمة القن. و قال الصدر الشهيد هذا غير سديد، و ذكر الامام السعدي في فوائده قيمته ثلثا قيمته، و قد مر. و قال بعضهم قيمته قيمة الخدمة ينظركم يستخدم هو مدة عمره من حيث التحري و الظن كذا في التتمة و الفتاوى الصغرى. و قيل يسأل عن اهل الخبرة اي العلماء لو جوزوا بيعه بكم يشترى هذا المدبر يجب ما قالوا. و قيل يقوم ما كانت المنافع التي تفوت بالتدبير، و اليه اشار محمد في بعض الكتب و لم ينقل من المتقدمين في معرفة قيمة المكاتب شيء. و اشار محمد في جنايات الجامع الى ان قيمته اقل من قيمة القن، و لم يبين بمقداره. و قيل ينبغي ان يكون النصف و قيمة ام الولد ثلث قيمة القن. و في الذخيرة لو قال بعض المشايخ ينظر بكم تستخدم مدة عمرها. و قيل سئل اهل العلم ان العلماء لو جوزوا بيعها بكم تشتري فيجب ذلك المقدار (على ما قالوا) اشارة الى اختلاف المشايخ الذي بيناه. و قال الكاكي اشارة الى ان فيه خلافا (و لايضمنه) اي و لايضمن المدبر المعتق (قيمة ما ملكه بالضمان) هو الثلث (من جهة الساكت لان ملكه) اي ملك المدبر (ثبت مستنداً) الى وقت التدبير (و هذا ثابت من وجه) اي بالنظر(١) الى حال اداء الضمان (دون وجه) اي ليس بثابت من وجه

---

(١) بالنظر الخ كذا في الفتح و في الكفاية ثابت من وجه دون وجه لانه من حيث انه ثبت ابتداء عند اداء الضمان لم يكن ثابتا قبله و من حيث انه مستند الى سبب وجوب الضمان يكون ثابتا قبل اداء الضمان =

فلايظهر في حق التضمين و الولاء بين المعتق و المدبر اثلاثاً، ثلثاه للمدبر و الثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار، و اذا لم يكن التدبير متجزئا عندهما صار كله مدبراً للمدبر و قد افسد نصيب شريكيه لمابينا فيضمنه و لايختلف باليسار و الاعسار لانه ضمان تملك فاشبه الاستيلاد، بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية، و الولاء كله للمدبر، و هذا ظاهر.

بالنظر الى حال التدبير (فلايظهر في حق التضمين) اي في حق تضمين المعتق فان قيل قوله ثابت من وجه دون وجه يشكل(١) بما قالوا اذا اعتق احد الشريكين، و هو موسر يؤدي المعتق الضمان ثم يرجع على العبد بما ضمن للساكت مع ان العبد ثالثهما. قلنا المعتق باداء الضمان قام مقام الشريك و للشريك ولاية الاستسعاء فكذا من قام مقامه. و قيل يرد عليه ما لو هلك المدبر في يد غاصب الغاصب، و ضمنه الغاصب حيث يرجع على الثاني، و ان كان ملكه ثبت مستنداً، اجيب بان الغاصب قام مقام المالك في ضمان الحيلولة و للمالك ان يضمن غاصب الغاصب، فكذا من قام مقامه (و الولاء بين المعتق و المدبر) بكسر الباء، اي بين المعتق و عصبة المدبر لان العتق لايحصل للمدبر الا بعد موت مولاه (اثلاثا ثلثاه) اي ثلثا الولاء (للمدبر و الثلث للمعتق، لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار) لان المدبر عتق عليه الثلث من جهة ملكه من الساكت و الثلث الآخر نصيبه في الاصل، و هذا اذا اختار الساكت تضمين المدبر، اما اذا اختار سعاية العبد فالولاء بينهم جميعاً اثلاثا لكل واحد منهم الثلث (و اذا لم يكن التدبير متجزئاً عندهما صار كله) اي كل العبد (مدبراً) بفتح الباء (للمدبر) بكسر الباء، اي لعصبة المدبر (و قد افسد نصيب شريكيه لما بينا) اراد به عند قوله فيما مضى عن قريب العبد كله للذي دبره اول مرة، و يضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسراً كان او معسراً (فيضمنه) اي فيضمن نصيب شريكيه (و لايختلف) اي الضمان (باليسار و الاعسار) يعني يضمن مطلقاً سواء كان موسراً او معسراً (لانه) اي لان هذا الضمان (ضمان تملك فاشبه الاستيلاد) اي فاشبه هذا الضمان ضمان الاستيلاد فان كانت جارية بين اثنين، فجاء بولد فادعاه احدهما يثبت نسبه منه، و يضمن قيمتها لشريكه (بخلاف الاعتاق) اي بخلاف ضمان الاعتاق (لانه ضمان جناية و الولاء كله للمدبر، و هذا ظاهر) فيختلف باليسار و الاعسار، و اعترض(٢) بان قولكم ضمان الجناية يختلف باليسار

=> فيكون ثابتا من وجه دون وجه فيظهر في حق الضمان و المضمون له دون غيرهما لما عرف ان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها انتهى. (١) يشكل الخ كذا في العناية والفتح مع زيادة. (٢) اعترض الخ كذا في العناية.

و اذا كانت جارية بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه، و انكر ذلك الآخر فهي موقوفة يوماً و يوماً تخدم للمنكر(١) عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لاسبيل عليها. لهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه اعتق، كذا هذا فيمتنع(٢) الخدمة و نصيب المنكر على ملكه في الحكم فيخرج الى

و الاعسار اردتم به مطلق ضمان الجناية او الجناية بالاعتاق، و الاول مردود بان كسر جرة انسان مثلا او اتلف ملكا من املاكه، فانه يجب عليه الضمان موسراً كان او معسراً. و الثاني تحكم اجيب بان المراد الثاني و التحكم مدفوع لثبوته بقوله صلى الله عليه وسلم في الرجل(٣) يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن. و ان كان فقيراً سعى العبد في حصة الآخر، فلايقاس عليه غيره، لكونه على خلاف القياس. (قال) اي محمد في الجامع الصغير و ليس لفظ قال في كثير من النسخ (و اذا كانت جارية بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه، و انكر ذلك الآخر فهي موقوفة يوماً) المراد من كونها موقوفة يوماً ان يرفع عنها الخدمة يوماً و ان يكون للمقر عليها سبيل بالاستسعاء (و يوما تخدم للمنكر عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) قال الكاكي و اختلف المشايخ في الخدمة للمنكر هل تخدم المنكر عندهما و الصحيح انها لاتخدم (و قالا(٤) ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لاسبيل عليها) يعني للمقر بالاستسعاء (لهما) اي لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (انه) اي المقر (لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه) اي على نفسه فصار (كانه استولدها فصار) حكم هذا (كما اذا اقر المشترى على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه اعتق كذا) حكم (هذا) مثل ذلك (فتمتنع الخدمة) للمقر لانها ام ولد لغيره في زعمه (و نصيب المنكر على ملكه في الحكم فيخرج الى

---

(١) للمنكر - ن - المنكر. (٢) فيمتنع - ن - فتمتنع. (٣) في الرجل يعتق الخ و قد سبق تخريجه في اوائل هذا الباب عن الائمة الستة برواية ابي هريرة رضي الله تعالى عنه. (٤) و قالا الخ و في البحر الرائق ص٢٦٢ ج٤ و نص الحاكم في الكافي على ان ابايوسف رجع الى قول ابي حنيفة فالمخالف فيها محمد فقط و نحوه في فتح القدير ص٢٧٧ ج٤ حيث قال ابن الهمام و ضمه في الكتاب قول ابي يوسف مع محمد بقوله و قالا باعتبار قول مرجوع لابي يوسف و لاينبغي مثلة ان يفعل الا ان يقرن بالبيان فيقال في قوله الاول مثلا و الا اوهم ان ينسب اليه الآن ما ليس هو قائلا به انتهى<

الاعتاق(١) بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت و لابي حنيفة رحمه اللّه تعالى ان المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر، و لو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به و هو النصف و لا خدمة للشريك الشاهد و لا استسعاء لانه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد و الضمان و الاقرار باomية الولد يتضمن الاقرار بالنسب، و هذا(٢) امر لازم لايرتد بالرد فلايمكن ان يجعل المقر كالمستولد، و ان كانت ام ولد بينهما فاعتقها احدهما و هو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه اللّه تعالى و قالا يضمن نصف قيمتها،

الاعتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت)(٣) نصف(٤) كسبها للمنكر، و نصفه موقوف و نفقتها في كسبها، و ان لم يكن لها كسبه فنصف نفقتها على المنكر، لان نصف الجارية للمنكر بيقين (و لابي حنيفة رحمه اللّه تعالى ان المقر لو صدق) بتخفيف الدال (كانت الخدمة كلها للمنكر) لانها ام ولد له (و لو كذب) بتخفيف الذال، اي المقر (كان له نصف الخدمة) لانها قنة بينهما (فيثبت ما هو المتيقن به و هو النصف) و يكون النصف الآخر مرقوقاً (و لا خدمة للشريك الشاهد، و لا استسعاء لانه يتبرء عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد و الضمان) اما تبرؤه عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد. و اما عن الاستسعاء فبدعوى الضمان، و في كلامه لف و نشر على ما ترى (و الاقرار بامومية الولد) هذا جواب عن قولهما انقلب اقرار المقر عليه، كانه استولدها، تقديره ان الاقرار اقرار احد الشريكين بامومية الولد (يتضمن الاقرار بالنسب و هو) اي الاقرار بالنسب (امر لازم لايرتد بالرد) حتى(٥) ان الرجل اذا اقر بنسب صغير لرجل و كذبه المقر به، ثم ان ذلك المقر نسب ذلك الصغير لنفسه لايصح، لان النسب لايرتد بالرد (فلايمكن ان يجعل المقر كالمستولد و ان كانت ام ولد بينهما) اي بين اثنين (فاعتقها احدهما و هو موسر) اي و الحال انه موسر (فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه اللّه تعالى و قالا يضمن نصف قيمتها،

---

(١) فيخرج الى الاعتاق – ن – فتخرج الى العتاق. (٢) و هذا – ن – و هو. (٣) اذا اسلمت و في العناية فكان نصيب المنكر على ملكه في الحكم محتبسا عند الجارية فتخرج الى العتاق بالسعاية لتعذر ابقائها في يد المولى و ملكه بعد اسلامها و اصراره على الكفر انتهى. (٤) نصف كسبها الخ و الظاهر ان ههنا سقطة و في فتح القدير و في المختلف في باب محمد ان نفقتها في كسبها فان لم يكن لها كسب فنفقتها على المنكر و لم يذكر خلافا في النفقة و قال غيره نصف كسبها للمنكر و نصفه موقوف و نفقتها من كسبها فان لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لان نصف الجارية للمنكر و هذا اللائق بقول ابي حنيفة رحمه اللّه تعالى و ينبغي على قول محمد ان لا نفقة لها عليه اصلا لانه لا خدمة له عليها و لا احتباس الخ و نحوه في البحر ص٢٦٢ ج٤. (٥) حتى الخ كذا في العناية.

لان مالية ام الولد غير متقومة عنده و متقومة عندهما، و على هذا الاصل تبتنى عدة من المسائل اوردناها في كفاية المنتهى، وجه قولهما انها منتفع بها وطئاً و اجارة و استخداماً، و هذا هو دلالة التقوم و بامتناع بيعها لايسقط تقومها كما في المدبر، الاترى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية،

لان مالية ام الولد غير متقومة عنده) اي عند ابي حنيفة (و متقومة عندهما) و هذا هو الاصل في المسألة و قول سائر الفقهاء كقولهما (و على هذا الاصل تبتني عدة من المسائل اوردناها في كفاية المنتهى) و كفاية المنتهى اليوم مفقود، و لكن المسائل التي تبتني على الاصل مشهورة مذكورة في الكتب(١) منها اذا مات احدهما لاتسعى للآخر عنده، و عندهما تسعى، و منها اذا ولدت بعد ذلك فادعاه احدهما يثبت نسب منه و عتق، و لايضمن من قيمته شيئا لشريكه عنده، و عندهما يضمن لشريكه نصف قيمته ان كان موسراً او يسعى الولد في النصف اذا كان معسراً و منها لو غصبها غاصب فماتت في يده لايضمنها عنده و يضمنها عندهما. و في الزقيات يضمن عنده في الغصب كما يضمن الصبي الحر حتى لو قربها الى مسبعة فافترسها سبع يضمن، لانه ضمان جناية لا ضمان غصب، و يضمن بالقتل بالاتفاق، لانه ضمان جناية و منها انه لو باعها و سلمها فماتت في يد المشتري لم يضمن عنده، و عندهما يضمن و منها ان الامة الحبلى اذا بيعت فولدت لاقل من ستة اشهر ثم ماتت الام عند المشتري فادعى البائع الولد يصح و عليه ان يرد جميع الثمن عنده، و عندهما يحبس ما يخصها من الثمن (وجه قولهما انها) اي ان ام الولد (منتفع بها وطئا) يعني من حيث الوطء (و اجارة) يعني من حيث الاجارة (و استخداماً) يعني من حيث الاستخدام (و هذا هو دلالة التقوم) لان هذه الافعال(٢) لاتكون الا بملك اليمين فيها لعدم العقد و ملك اليمين لايكون الا في مال متقوم (و بامتناع بيعها) جواب عما يقال ان بيعها ممتنع، و ذلك دليل على عدم التقوم. و اجاب - و بامتناع بيعها - اي بيع ام الولد (لايسقط تقومها، كما في المدبر) فانه يمنع بيعه، و هو متقوم، و كذا بيع الآبق ثم اوضح ذلك بقوله (الا ترى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية) بالاتفاق، و السعاية انما تكون اذا

---

(١) الكتب - كما في الشروح الثلاثة لاسيما فتح القدير. (٢) هذه الافعال الخ و في الكفاية لان الوطي لايستباح الا بملك النكاح او اليمين و لم يوجد الاول فتعين الثاني و بقاء الملك آية بقاء المالية و التقوم اذ المملوكية في الآدمي ليست غير المالية و التقوم و حق الحرية لاينافي التقوم اذ هو عبارة عن استحقاق لايرد عليه الابطال بالبيع و لاتنافي بينه و بين التقوم انتهى.

و هذا آية التقوم غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع و السعاية بعد الموت، بخلاف المدبر لان الفائت منفعة البيع، اما السعاية و الاستخدام فباقيتان(١) و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان التقوم بالاحراز و هي محرزة للنسب لا للتقوم و الاحراز للتقوم تابع و لهذا لاتسعى لغريم و لا لوارث بخلاف المدبر، و هذا لان السبب فيها متحقق في الحال، و هو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة، الا انه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع، فعمل السبب في اسقاط التقوم و في المدبر

بقي التقوم (و هذا) اي وجوب السعاية (آية التقوم) اي علامة التقوم (غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنة) يعني من حيث كونها قنة (على ما قالوا) اي على ما قال مشايخنا (لفوات منفعة البيع و السعاية بعد الموت) اي موت المولى، فانها لاتسعى للغرماء و لا للورثة (بخلاف المدبر، لان الفائت فيه منفعة البيع. اما السعاية و الاستخدام فباقيتان) فانه يسعى للغرماء و يخدم مولاه الى ان يموت (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان التقوم بالاحراز) بالاقتناء للتمول، الاترى ان العبد قبل الاحراز لايكون مالاً متقوماً، و الآدمي(٢) في الاصل ليس بمال و يصير مالا باحرازه على قصد التمول و يثبت ملك المتعة تبعاً، فاذا حصنها و استولدها ظهر ان احرازه لها كان لملك المتعة لا لقصد التمول، فصار في صفة المالية كأن الاحراز لم يوجد اصلا فلايكون متقوماً (و هي محرزة للنسب لا للتقوم و الاحراز للتقوم تابع) للنسب، يعني انها كانت تحرز للمالية و التقوم قبل الاستيلاد، فلما جوز هذا الاستيلاد للنسب كان الاحراز بالتقوم تابعاً لانه ظهر ان احرازه كان للنسب (و لهذا) اي و لكونها تحرز للنسب (لاتسعى لغريم و لا لوارث بخلاف المدبر) ثم اوضح عدم وجوب السعي عليها و الفرق بين ام الولد و المدبر بقوله (و هذا) اشارة الى الفرق بينهما (لان السبب فيها) اي لان سبب الحرية في ام الولد (متحقق في الحال و هو الجزئية الثابتة) بين المولى و ام الولد (بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة) لانه لما حصل الولد من ماءين بحيث لايتمايز احدهما من الآخر صار اصوله و فروعه كاصولها و فروعها و بالعكس و ثبوت الحرية يقتضي عدم التقوم، لان الارقاق حرام (الا انه لم يظهر عمله) اي غير ان سبب الحرية لم يظهر عمله (في حق الملك) و لم تعتق حقيقة لاجل (ضرورة الانتفاع بها) بالاجماع اذا قصده ان يكون فراشه الى وقت موته (فعمل السبب في اسقاط التقوم. و في المدبر

---

(١) فباقيتان – ن – فباقيان. (٢) و الآدمي الخ كذا في الكفاية و نحوه في العناية و الفتح.

ينعقد السبب بعد الموت و امتناع البيع فيه لتحقق(١) مقصوده فافترقا، و في ام ولد النصراني قضينا بمكاتبتها(٢) عليه دفعاً للضرر من الجانبين و بدل الكتابة لايفتقر وجوبه الى التقوم.

ينعقد السبب بعد الموت) اي سبب الحرية بعد الموت قال الاترازي، و هذا تناقض(٣) من مصنف في كلامه، لانه جعل التدبير هنا سببها بعد الموت و جعله في باب التدبير سببا في الحال. و مذهب علمائنا ان التدبير في الحال بخلاف سائر التعليقات، فانها ليست باسباب في الحال عندنا. قلت هذا ذكره صاحب الكافي و ليس منه (و امتناع البيع فيه) اي في المدبر و هذا جواب عن قولهما، و بامتناع بيعها لايسقط تقومها و بالقياس على هذا ينبغي ان لايمتنع بيع المدبر، لانه اذا كان السبب ينعقد بعد الموت، فلم قلتم بامتناع بيعه، فاجاب(٤) بقوله - و امتناع البيع فيه - (لتحقق مقصوده) اي مقصود المولى من التدبير و هو الحرية، و ان كان السبب لم ينعقد في الحال لم يدل على سقوط التقوم، و انما ظهر اثر انعقاده في حرمة البضع خاصة (فافترقا) اي حكم ام الولد و المدبر من الوجه المذكور (و في ام الولد النصراني) جواب عما قاسا عليه (قضينا) اي حكمنا (بمكاتبتها عليه) اي على النصراني (دفعاً للضرر من الجانبين) اما في حق ام الولد، فلئلا يبقى تحت نصراني و هي مسلمة. و اما في حق النصراني فلئلا يبطل ملكه مجاناً، و لما كانت هي في معنى المكاتبة كان ما ادته في معنى بدل الكتابة (و بدل الكتابة لايفتقر وجوبه الى التقوم) اي تقوم ما يقابله لانه في الاصل مقابل بفك الحجر، و فك الحجر غير متقوم، فلذا قلنا ان مكاتبتها لم يقتض تقوم ام ولد النصراني. و الله اعلم.

---

(١) لتحقق - ن - لتحقيق. (٢) لماكتبتها - ن - لتكاتبها. (٣) تناقض الخ و في الكفاية قوله و في المدبر ينعقد السبب بعد الموت هذا يناقض ما ذكر في التدبير من قوله ثم جعله سببا في الحال اولى لوجوده في الحال و عدمه بعد الموت و لان ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف فلايمكن تاخير السببية الى زمان بطلان الاهلية و يمكن ان يقال الاصل ان المطلق سبب عند وجود الشرط فالتدبير تعليق العتق بالموت فكان امتناع البيع و الهبة ضرورة تحقيق مقصود المدبر و ينعقد سببا للحرية عند الموت كما في سائر التعليقات و لهذا اعتبر من الثلث بعد قضاء الديون فظهر ان المراد من قوله و في المدبر ينعقد السبب بعد الموت اي في حق سقوط التقوم و ثبوت الحرية و يدل عليه انه اخرج هذا الكلام بمقابلة ام الولد و من قوله في باب التدبير جعله سببا للحال اولى في حق امتناع البيع و الهبة فيرتفع التناقض انتهى و نحوه في الفتح. (٤) فاجاب الخ و في العناية تقرير الجواب كان القياس ان لايمتنع بيع المدبر الا انه امتنع تحقيقا لمقصوده اذ لو جاز البيع لامتنع مقصود المدبر و هو العتق بعد موته انتهى.

باب عتق احد العبدين

و من كان له ثلاثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد و دخل آخر فقال احدكما حر ثم مات و لم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول ثلاثة ارباعه و نصف كل واحد من الآخرين عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى كذلك الا في العبد الآخر فانه يعتق ربعه، اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه و بين الثابت، و هو الذي اعيد عليه القول، فاوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما، فيصيب كلاً منهما النصف، غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعاً آخر، لان الثاني دائر بينه و بين الداخل فيتنصف بينهما،

(باب عتق احد العبدين)

اي هذا باب في حكم عتق احد العبدين. و لما فرغ من بيان اعتاق بعض عبد واحد شرع في اعتاق احد العبدين، لان احدهما بعض ايضاً، لكن قدم الاول لكون الواحد مقدماً على الاثنين. (و من كان له ثلاثة اعبد دخل عليه اثنان، فقال احدكما حر، ثم خرج واحد و دخل آخر، فقال احدكما حر ثم مات و لم يبين) اي ثم مات المولى و الحال انه لم يبين و لم يسم كل واحد من العبدين باسم الفعل الذي اتصف به، قلتم(١) الذي خرج خارجاً و الذي دخل داخلاً و الذي لم يخرج ثابتا، ثم ان كان المولى ما دام حياً يؤمر بالبيان، لانه هو المجمل و يرجع في البيان اليه و يعتق الذي عينه فاذا مات قبل البيان (عتق من الذي اعيد عليه القول ثلاثة ارباعه) اراد بالقول قوله احدكما حر، و اراد بالذي اعيد عليه القول الثابت (و نصف كل واحد) اي عتق نصف كل واحد (من الآخرين) و هما الداخل و الخارج (عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى كذلك) يعني يعتق من الثابت ثلاثة ارباعه و من الخارج نصفه (الا في العبد الآخر)(٢) و هو الداخل (فانه يعتق ربعه، اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه و بين الثابت) بحيث انه يحتمل ان يراد به هذا او ذاك، و ليس احدهما باولى من الآخر فينصف بينهما (و هو) الثابت (الذي اعيد عليه القول) و هو قوله احدكما حر (فاوجب عتق رقبة بينهما) اي بين الداخل و الثابت (لاستوائهما) لان احدهما ليس باولى من الآخر (فيصيب كلاً منهما النصف، غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني) و هو قوله احدكما حر في المرة الثانية (ربعاً آخر، لان الثاني) اي الايجاب الثاني (دائر بينه) اي بين الثابت (و بين الداخل فينتصف بينهما) اي بين الثابت و

---

(١) قلتم الخ و في العناية اتصف به من كونه خارجا و داخلا و ثابتا الخ. (٢) الآخر - بكسر الخاء.

غير ان الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفيه فما اصاب المستحق بالاول لغى و ما اصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلاثة الارباع و لانه لواريد هو باالثاني يعتق نصفه و لو اريد به الداخل لايعتق هذا النصف

الداخل لعدم الاولوية (غير ان الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثاني) اي بالايجاب الثاني (في نصفيه فما اصاب المستحق) بفتح الحاء (بالاول) اي بالايجاب الاول (لغى) اي الذي اصاب من النصف الشائع النصف المستحق الاول لغى، لان تحرير الحر محال (و ما اصاب الفارغ بقي) اي و ما اصاب غير المستحق بقي و صح (فيكون له الربع) فينتصف النصف الشائع فيعتق بالايجاب الثاني ربع الثابت، و بالايجاب الاول نصفه (فتمت له) اي للثابت (ثلاثة الارباع و لانه لو اريد هو) اي الثابت (بالثاني) اي الايجاب الثاني (يعتق نصفه) الباقي(١) (و لو اريد به) اي بالايجاب الثاني (الداخل لايعتق هذا النصف) اي النصف

---

(١) الباقي و في فتح القدير ص٢٨٤ ج٤ و للشافعي رحمه الله تعالى في اصل المسئلة قولان في قول يقرع بينهم و في الاصح يقوم الوارث مقام المولى في البيان و عند احمد رحمه الله تعالى يقرع بينهم و كذا اذا قال لعبديه احدكما حر يقرع بينهما فمن خرجت القرعة باسمه فهو حر و لايصح بيانه الا ان يقول كنت نويته عند التلفظ لنا في تاصيل اعتبار الاحوال ما روى انه عليه الصلوة و السلام بعث سرية الى خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فقضى النبي صلى الله عليه وسلم بنصف العقل (رواه الترمذي في السير باب في كراهية المقام بين اظهر المشركين ص١٩٣ ج١ و ابوداود في كتاب الجهاد باب على ما يقاتل المشركون ص٣٦٢ ج١ عن جرير بن عبد الله رضي الله تعالى عنه مرفوعاً) و ليس هذا الا لاعتبار الاحوال لان السجود جاز كونه لله تعالى فيكون اسلاما فيجب كمال العقل و جاز كونه تعظيما للظاهرين عليهم تقية من القتل كما يفعلونه فكان موجبا لكماله في اعتبار غير موجب في اعتبار فقضى بالنصف و وجه اعتبار القرعة حديث عمران بن حصين رضي الله تعالى عنه ان رجلا اعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم و دعا هم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزءهم اثلاثا ثم اقرع بينهم فاعتق اثنين و ارق اربعة رواه الجماعة الا البخاري (مسلم كتاب الايمان باب صحبة المماليك ص٥٤ ج٢ و ابوداود كتاب العتق باب فيمن اعتق عبيدا له الخ ص١٩٥ ج٢ و الترمذي كتاب الاحكام باب من يعتق مماليكه عند موته ص١٦٣ ج١ و النسائي كتاب الجنائز باب الصلوة على من يحيف في وصيته ص٢٧٨ ج١ و ابن ماجة كتاب الاحكام باب القضاء بالقرعة ص١٧١) و هذا الحديث صحيح لكنهم لم يقبلوه لانقطاعه باطنا و قد علمت ان ما صح سنده جاز ان يضعف بعلة قادحة و من العلل مخالفة الكتاب و السنة المشهورة و كذا مخالفة العادة القاضية بخلافه قالوا هذا يخالف نص القرآن بتحريم الميسر فانه من جنسه لان حاصله تعليق الملك او الاستحقاق بالخطر و القرعة =>

فينتصف فيعتق منه الربع بالثاني و النصف بالاول

الباقي من الثابت، فاذا يعتق من الثابت نصفه الباقي في حال دون حال (فينتصف) النصف (فيعتق منه الربع بالثاني) اي بالايجاب الثاني (و النصف بالاول) اي يعتق النصف الاول

=> من هذا القبيل لانها توجب استحقاق العتق ان ظهر كذا لا ان ظهر كذا و اما قضاء العادة بخلافه فانها قاضية بنفي ان واحدا يملك ستة اعبد و لايملك غيرهم من درهم و لا ثوب و لا نحاس و لا دابة و لا قمح و لا دار يسكنها و لا شيء قليل و لا كثير و ما قيل من انه قد يتفق للعرب ذالك لياخذو غلتهم او يكون وقع له ذالك في غنيمة ان كان مع الفرض الذي فرضنا من عدم شيء قليل او كثير من كل نوع فهو ايضا مما تقضي العادة بنفيه لانه اندر نادر فكان مستحيلا في العادة و العرف فوجب رد الرواية لهذه الباطنة كما قالوا في المنفرد بزيادة من بين جماعة لايغفل مثلهم عن مثلها مع اتحاد المجلس انه يحكم بغلطه و صار من جنس خبر الواحد فيما تعم به البلوى و اما ما قيل انها واقعة حال فلاتعم فليس بشيء لان الفعل و ان لم يعم فانه يدل على طريق صحيح و اذا كان طريقا صحيحا جاز ارتكابه و تقرر الحكم به و الا فمثله يلزم فيما استدللتم به لاعتبار الاحوال من قصة الخثعميين بلافرق و كذا نحوه من اوجه ضعيفة و حقيقة الوجه ليس الا دلالة العادة و الكتاب على نفي مقتضاه فيحكم بغلطه من بعض رواته عن عمران رضي الله تعالى عنه و لذلك اجمع على عدم الاقراع عند تعارض البينتين للعمل باحدهما و على عدمها ايضا عند تعارض الخبرين و نحن لا ننفى شرعية القرعة في الجملة بل نثبتها شرعا لتطييب القلوب و دفع الاحقاد و الضغائن كما فعل عليه الصلوة و السلام للسفر بنسائه فانه لما كان سفره بكل من شاء منهن جائزا الا انه ربما يتسارع الضغائن الى من يخصها من بينهن فكان الاقراع لتطييب قلوبهن و كذا اقراع القاضي في الانصباء المستحقة البداية بتحليف احد المتحالفين انما هو لدفع ما ذكرنا من تهمة الميل و الحاصل انها انما تستعمل في المواضع التي يجوز تركها فيها لما ذكر من المعنى و منه استهام زكريا عليه الصلوة و السلام معهم على كفالة مريم عليها السلام كان لذالك و الا فهو كان احق بكفالتها لان خالتها كانت تحته و الله اعلم فاما ان يتعرف بها الاستحقاق بعد اشتراكهم في سببه فاولى منه ظاهر التوزيع لان القرعة قد تؤدى الى حرمان المستحق بالكلية لان العتق اذا كان شائعا فيهم يقع في كل منهم منه شيء فاذا جمع الكل في واحد فقد حرم الآخر بعض حقه بخلاف اذا وزع فانه ينال كلا شيء الخ و في اوجز المسالك في اوائل العتق ص٤٨١ ج٤ و استدل الطحاوي في مشكل الآثار على نسخ القرعة بان عليا رضي الله تعالى عنه قضى في زمانه صلى الله عليه وسلم بين ثلاثة وقعوا على امرأة باليمين بالقرعة ثم بعد ذلك قضى بين الرجلين وقعا على امرأة بان الولد بينهما و محال ان يكون علي رضي الله تعالى عنه يقضى بخلاف ما كان قضي به في زمنه صلى الله عليه وسلم و لم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم الا و قد اطلع على نسخ القرعة و قال الجصاص رحمة الله تعالى في احكام القرآن ص١٣ ج٢ في قصة استهام زكريا عليه الصلوة و السلام و منهم من يحتج بذالك على جواز القرعة في العبيد يعتقهم في مرضه ثم يموت وليس هذا من عتق العبيد في شيء لان الرضا بكفالة =>

و اما الداخل فمحمد رحمه الله تعالى يقول لما دار الايجاب الثاني بينه و بين الثابت و قد اصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل، و هما يقولان انه دائر بينهما، و قضيته التنصيف و انما نزل الى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا، و لا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف. قال فان كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا، و شرح ذلك ان يجمع بين سهام العتق و هي سبعة

بالايجاب الاول (و اما الداخل فمحمد رحمه الله تعالى يقول لما دار الايجاب الثاني بينه) اي بين الداخل (و بين الثابت و قد اصاب الثابت منه الربع) بالاتفاق (فكذلك يصيب الداخل) يعني الربع (و هما) اي ابوحنيفة و ابويوسف رحمهما الله تعالى (يقولان انه دائر بينهما) اي الايجاب الثاني دائر بين الداخل و الثابت (و قضيته التنصيف) اي قضية هذا الدوران ان يكون بينهما التنصيف لاستوائهما (و انما نزل الى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا) ي عند قوله - لان الثاني دائر بينه و بين الداخل فينتصف - اي يجعل بينهما النصف (و لا استحقاق للداخل من قبل) اي من قبل ذلك (فيثبت فيه النصف) اي يثبت في حق الداخل النصف. حاصل هذا ان الايجاب الثاني لو اريد به الداخل عتق، و لو اريد به الثابت يعتق الباقي منه، و لايعتق الداخل، فاذا عتق الداخل في حال دون حال فيتنصف العتق بينهما، فيعتق نصف الداخل (قال) اي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (فان كان القول منه) اي فان كان القول المذكور من المولى (في المرض قسم الثلث على هذا) على ما ذكر (و شرح ذلك ان يجمع بين سهام العتق، و هي سبعة) اسهام وصايا العبيد الثلاثة سبعة، لان العتق وصية، و الوصية تنفذ

=> الواحد منهم بعينه جائز في مثله و لايجوز التراضي على استرقاق من حصلت له الحرية و قد كان عتق المريض نافذا في الجميع فلايجوز نقله بالقرعة عن احد منهم الى غيره كما لايجوز التراضي على نقل الحرية عمن وقعت عليه و القاء الاقلام يشبه القرعة في القسمة و في تقديم الخصوم الى الحاكم و هو نظير ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه و ذالك لان التراضي على ما خرجت به القرعة جائز من غير قرعة و كذالك كان حكم كفالة مريم عليها السلام و غير جائز وقوع التراضي على نقل الحرية عمن وقعت و قال في قوله عز اسمه فساهم فكان من المدحضين احتج به بعضهم في ايجاب القرعة في العبيد يعتقهم المريض و ذالك اغفال منه لانه عليه الصلوة و السلام ساهم في طرحه في البحر و ذالك لايجوز عند احد من الفقهاء كما لاتجوز القرعة في قتل من خرجت عليه و في اخذ ماله فدل على انه خاص فيه عليه السلام دون غيره الخ احكام القرآن ص٣٧٨ ج٣ و قد بين العلامة ابن قدامة رحمه الله تعالى هذه المسألة مع اختلاف الائمة فيها و ذكر دلائل الفريقين لكنه شدد في رد الاحناف تقبل الله مساعيهم و ما كان يليق بشانه العظيم و راجع لهذا المقام المبسوط للسرخسي باب لوجوه من العتق ص٧٢ ج٧.

على قولهما، لانا نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى ثلاثة الارباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة اسهم، و من الآخرين من كل واحد منهما سهمان، فيبلغ سهام العتق سبعة، و العتق في مرض الموت وصية و محل نفاذها الثلث، فلابد ان يجعل سهام الورثة ضعف ذلك، فيجعل كل رقبة على سبعة، و جميع المال احد و عشرون فيعتق من الثابت ثلاثة و يسعى في اربعة، و يعتق من الباقيين من كل واحد منهما سهمان و يسعى في خمسة، فاذا تاملت و جمعت استقام الثلث و الثلثان، و عند محمد رحمه الله تعالى يجعل كل رقبة على ستة، لانه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق بسهم و صار جميع المال ثمانية عشر، و باقي التخريج مامر، و لو كان هذا في الطلاق و هن غير مدخولات و مات

من الثلث، فيضرب كل بقدر وصيته (على قولهما) اي على قول ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى (لانا نجعل كل رقبة على اربعة) اسهم (لحاجتنا الى ثلاثة الارباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة اسهم، و من الآخرين) بفتح الخاء و الراء و اراد بهما الداخل و الخارج (من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة و العتق في مرض الموت وصية و) كل وصية (محل نفاذها الثلث فلابد ان يجعل سهام الورثة ضعف ذلك، فيجعل كل رقبة على سبعة) اسهم فاذا كان الثلث سبعة، و ثلثاه اربعة عشر (و جميع المال احد و عشرون فيعتق من الثابت ثلاثة) اسهم (و يسعى في اربعة) اسهم (و يعتق من الباقيين) و هما الخارج و الداخل (من كل واحد منهما سهمان) اي يعتق سهمان (و يسعى) اي كل واحد منهما (في خمسة) اسهم (فاذا تاملت و جمعت استقام الثلث و الثلثان) لان سهام الوصايا سبعة، و سهام السعاية اربعة عشر (و عند محمد رحمه الله تعالى يجعل كل رقبة على ستة، لانه يعتق من الداخل عنده) اي عند محمد (سهم فنقصت سهام العتق بسهم، و صار جميع المال ثمانية عشر) لان الخارج يضرب بسهمين، و الثابت بثلاثة اسهم، و الداخل بسهم، فكان سهام الوصايا ستة، فاذا كانت الثلث ستة كان جميع المال ثمانية عشر لا محالة (و باقي التخريج ما مر) يعني يعلم مما مر، فالخارج يعتق منه سهمان و يسعى في اربعة، و الثالث يعتق منه الثلاثة و يسعى في ثلاثة، و الداخل يعتق منه سهم و يسعى في خمسة، فكان نصيب السعاية و هو نصيب الورثة اثني عشر سهماً، و سهام الوصايا ستة (و لو كان هذا) اي هذا الكلام (في الطلاق) و هي مسألة الزيادات يحتج بها محمد رحمه الله تعالى عليهما و صورته رجل له ثلاث نسوة (و هن غير مدخولات) يعني لم يدخل بهن، فقال لامرأتين منهن احداكما طالق ثم خرجت واحدة منهن و دخلت الثالثة، فقال احداكما طالق (و مات

الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه، و من مهر الثابتة ثلاثة اثمانه، و من مهر الداخلة ثمنه قيل هذا قول محمد رحمه الله تعالى خاصة و عندهما يسقط ربعه، و قيل هو قولهما ايضا، و قد ذكرنا الفرق. و تمام تفريعاتها في الزيادات

الزوج قبل البيان سقط(١) من مهر الخارجة ربعه، و من مهر الثابتة ثلاثة اثمانه، و من مهر الداخلة ثمنه) و الثمن من الصداق بمنزلة الربع من العتاق، لان المستحق بالطلاق سقوطا على النصف من المستحق بالعتق ثبوتا في الايجاب الثاني (قيل هذا قول محمد رحمه الله تعالى خاصة) فلايكون حجة عليهما، و كيف يكون حجة (و عندهما يسقط ربعه، و قيل هو قولهما ايضا) اي قول ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى فلابد من الفرق بين العتق و الطلاق، فقال (و قد ذكرنا الفرق) اي بين العتاق و الطلاق (و تمام) بالنصب عطفا على الفرق، اي و ذكرنا تمام (تفريعاتها) اي تفريعات هذه المسألة (في الزيادات) اي في شرح الزيادات اما الفرق(٢) فهو ان الثابت في العتق بمنزلة المكاتب، لانه حين تكلم كان له حق البيان، و صرف العتق الى ايهما شاء من الثابت و الخارج، فما دام له حق البيان كان كل واحد من العبدين حراً من وجه و عبداً من وجه، فاذا كان الثابت كالمكاتب كان الكلام الثاني صحيحاً من كل وجه، لانه دائر بين المكاتب و العبد، الا انه اصاب الثابت منه الربع و الداخل النصف و اما الثابتة في الطلاق فمترددة بين ان تكون منكوحة و بين ان تكون اجنبية لان الخارجة ان كانت مرادة بالايجاب الاول كانت الثابتة منكوحة فيصح الايجاب الثاني، و ان كانت الثابتة هي المرادة بالايجاب الاول كانت اجنبية فيلغو الايجاب الثاني فجعلت اجنبية من وجه دون وجه فيصح الايجاب الثاني من

---

(١) سقط الخ و في فتح القدير سقط من مهر الخارجة ربعه و وجب لها ثلاثة ارباعه و من مهر الثابتة ثلاث اثمانه و وجب لها خمسة اثمانه و من مهر الداخلة ثمنه و وجب لها سبعة اثمانه فالزمهما محمد رحمه الله تعالى المناقضة فان سقوط ربع مهر الخارجة لوقوع طلاق بينها و بين الثابتة فان سقوط ربع مهر الخارجة لوقوع طلاق بينها و بين الثابتة يسقط به نصف مهر من مهريهما ليست احداهما اولى بسقوطه من الاخرى فوزع بينهما فسقط من كل من الخارجة و الثابتة ربع مهرها و الكلام الثاني موجب في حال هي ان تراد الخارجة دون حال و هي ان تراد الثابتة لانه يصير جامعا بين اجنبية و منكوحة لانه لا عدة لانه قبل الدخول فيتنصف و يثبت به سقوط الربع موزعا فيسقط ثمن مهر الداخلة و مثله من مهر الثابتة فيضم الى ما سقط مع الاولى فيتم لها ثلاثة اثمانه فيجب مثله في مسئلة العتق فيعتق ربع الداخل لان الثمن في الطلاق قبل الدخول بمنزلة الربع لان الساقط به نصف المهر و الثمن هو ربع النصف قال المصنف في جوابه قيل هذا اي المذكور في الطلاق قول محمد وحده اما عندهما فيسقط ربع مهر الداخلة لا الثمن فلايتم به الالزام الخ. (٢) اما الفرق الخ كذا في العناية ص٢٨٦ ج٤.

وجه دون وجه فيسقط نصف النصف و هو الربع موزعاً بين مهر الداخلة و الثابتة فيصيب كل واحدة منهن الثمن اما التفريعات(١) فمنها ان المولى اذا لم يمت و مات الثابت عتق الخارج و الداخل، اما الخارج فلان الكلام الاول اوجب عتق رقبة بينه و بين الثابت، فبطلت مزاحمة الثابت، و كذلك الكلام الثاني اوجب عتق رقبة بين الثابت و الداخل فبطلت مزاحمة الثابت، هذا عندهما و اما عند محمد فانما يعتق الخارج لما قلنا و اما الداخل فلان الثابت لما تعين للرق بموته ظهر ان الكلام صحيح بكل حال، فصار قوله كقولهما و منها ان الداخل اذا مات قيل للمولى اوقع العتق على ايهما شئت من الخارج و الثابت. فان اوقعه على الخارج عتق الثابت ايضا لانه ظهر انه كان عبدا عند الايجاب الثاني، فبطل مزاحمة الداخل بموته، فان اوقع العتق الاول على الثابت لم يعتق الخارج الخارج بلاشبهة، و كذا الداخل لان المضموم اليه الحر و ذكر(٢) في شرح الزيادات هذا عند محمد فاما عندهما فيجب ان يعتق الخارج و الثابت لان الكلام الثاني صحيح تعين له الثابت بموت الداخل فاوجب تعينه تعين الخارج بالكلام الأول و ان مات الخارج تعين الثابت بالكلام الاول، و بطل الكلام الثاني لان المضمون اليه حر، و منها ان المولي اذا لم يمت و لا العبد ايضا، و بين المولى، فان عين الخارج بالكلام الاول خير في الآخرين، لان الكلام الثاني صحيح بكل حال على هذا الوجه، و ان عين الثابت بقي الخارج، و كذا الداخل لان المضموم اليه حر، و ان عين الثابت بالكلام الثاني عتق الخارج بالكلام الاول و لم يعتق الداخل و ان بين الداخل بالكلام الثاني خير في تعيين الخارج و الثابت بالكلام الاول و منها ميراث النساء(٣) و هو الربع او الثمن يقسم بين الداخلة و الاوليين نصفين نصفه للداخلة، لانه لايزاحمها الا احدى الاوليين و النصف الآخر بين الاوليين، لان احداهما ليست باولى به و منها(٤) ان الثابتة اذا ماتت و الزوج حي طلقت الخارجة و الداخلة لانعدام المزاحمة و لكل واحدة ثلاثة ارباع المهر، فان ماتت الداخلة كان مخيرا في الاخريين بالكلام الاول، فان اوقعه على الخارجة طلقت الثابتة ايضا لانعدام مزاحمة الداخلة بالموت، و ان اوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة، و ان ماتت الخارجة طلقت الثابتة و لم تطلق الداخلة و منها(٥) انه اذا لم تمت واحدة منهن لكن الزوج اوقع الطلاق الاول على الخارجة صح الكلام الثاني و له الخيار في تعيين الثابتة او الداخلة بالثاني و ان اوقعه على

---

(١) اما التفريعات الخ كذا في العناية و راجع فتح القدير ايضا. (٢) و ذكر الخ كذا في العناية ص٢٨٦ ج٤.
(٣) و منها ميراث النساء الخ كذا في العناية ص٢٨٦ ج٤. (٤) و منها ان الثابتة الخ كذا في العناية. (٥) و منها انه اذا لم تمت الخ كذا في العناية.

و من قال لعبديه احدكما حر فباع احدهما او مات او قال له انت حر بعد موتي عتق الآخر، لانه لم يبق محلاً للعتق اصلا بالموت و للعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير

الثابتة لغا الكلام الثاني و ان اوقع الطلاق الثاني على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة او الثابتة بالكلام الاول (و من قال لعبديه احدكما حر فباع احدهما او مات) اي احدهما (او قال له) اي لاحدهما (انت حر بعد موتي عتق الآخر)(١) و هذه من مسائل الجامع الصغير، صورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمهم الله تعالى في رجل قال لعبديه احدكما حر، ثم باع احدهما قال يعتق الآخر، و ان مات احدهما عتق الآخر، و كذا لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما طلقت الاخرى. و قال الحاكم الشهيد في الكافي لو قال لعبديه احدكما حر ثم مات احدهما او قتل او باعه او رهنه او دبره عتق الباقي (لانه لم يبق محلاً للعتق اصلا بالموت) فان قيل(٢) يشكل بما اذا قال لامتيه احدكما ابنتي او ام ولدي و ماتت احداهما لم تتعين الحرية و الاستيلاد في الحية، ذكره التمرتاشي. قلنا ليس هو ايقاعاً بصيغته بل اخبار و يجوز ان يخبر بهذا عن الحي و الميت، فيرجع الى بيان المولى، فاما الانشاء فلايصح الا في الحي. و في مسألتنا انما يتيقن الآخر بعد الموت، لان البيان انشاء من وجه و اظهار من وجه، فصح البيان في محل يحتمل الانشاء و الميت لايحتمل الانشاء فتعين الآخر للعتق، كذا في الايضاح، ثم البيان(٣) يثبت صريحا و دلالة فالاول كقوله اخترت ان يكون هذا حرا باللفظ الذي قلت، او يقول انت حر بذلك العتق او يقول اعتقتك بذالك العتق و الثاني كما اذا باع احدهما مطلقاً او بشرط الخيار لاحد المتبايعين و لو باع بيعا فاسدا و قبضه المشتري على ما ذكره في شرح الطحاوي و تحفة الفقهاء او لم يقبضه على ما ذكره في فتاوى الولوالجي او كاتب او دبر او رهن او آجر، فانه يكون بيانا في هذا كله او استخدم احدهما او قطع يد احدهما او جنى على احدهما لايكون بياناً في قولهم كذا في شرح الطحاوي. و ان اعتق احدهما عتقاً مستانفاً يعتقان جميعاً، هذا باعتاقه و ذالك باللفظ السابق. و ان قال عنيت به المعتق باللفظ السابق صدق في القضاء كذا في شرح الطحاوي. (و للعتق من جهته بالبيع) اي لم يبق العبد محلاً للعتق من جهة الذي قال احدكما حر فتعين الآخر (و للعتق من كل وجه بالتدبير) اي لم يبق العبد محلاً للعتق الملتزم من كل وجه

---

(١) عتق الآخر و في الفتح المقصود ذكر ما يقع به البيان في العتق المبهم و معلوم ان العتق المبهم يوجب البيان كالطلاق المبهم عندنا و عند الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى و عند احمد لا بيان الا بالقرعة و باللفظ لايصح الا ان يقول كنت نويته عند التلفظ به و عند الظاهرية لايعتق اصلا. (٢) فان قيل الخ كذا في العناية. (٣) ثم البيان الخ كذا في فتح القدير ص٢٨٧ ج٤.

فتعين له الآخر، و لانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن و بالتدبر ابقاء الانتفاع الى موته، و المقصودان ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة، و كذا اذا استولد احداهما للمعنيين، و لا فرق بين البيع الصحيح و الفاسد مع القبض و بدونه و المطلق و بشرط الخيار لاحد المتعقدين لاطلاق جواب الكتاب، و المعني ما قلنا، و العرض على البيع ملحق به في المحفوظ(١) عن ابي يوسف رحمه الله تعالى و الهبة و التسليم و الصدقة و التسليم بمنزلة البيع، لانه تمليك

بالتدبير لان المدبر استحق الحرية (فتعين له الآخر) دلالة (و لانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن و بالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته، و المقصودان ينافيان العتق الملتزم) اي المقصود بالبيع و هو الوصول الى الثمن و المقصود بالتدبير و هو ابقاء الانتفاع الى الموت كلاهما ينافيان العتق الملتزم بفتح الزاي، لانه يلزم من اثبات احدهما عدم الآخر، فلما ثبت التنافي للعتق في احدهما (فتعين له الآخر دلالة، و كذا اذا استولد احداهما للمعنيين) اي و كذا تتعين الاخرى للعتق اذا علقت منه، و انما قيدنا بالعلوق، لان مجرد الوطء ليس ببيان عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى في العتق كما سيجيء ان شاء الله عالى بعد هذا (للمعنيين) اراد(٢) بهما ما قاله في التدبير، و هو عدم بقائهما للعتق من كل وجه بعد الاستيلاد، لانها تحققت الحرية و ابقاء الانتفاع الى الموت (و لا فرق بين البيع الصحيح و الفاسد مع القبض و بدونه) اي و بدون القبض في البيع الفاسد، لان التصرف الذي يختص في الملك يوجد في الكل (و المطلق) اي و البيع المطلق عن الخيار (و) البيع (بشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب) اراد بالكتاب الجامع الصغير (و المعنى ما قلنا) و هو انه قصد الوصول الى الثمن و الوصول الى الثمن ينافي العتق فتعين الآخر للعتق (و العرض على البيع ملحق به) اي بالبيع (في المحفوظ) اي في القول المحفوظ (عن ابي يوسف رحمه الله تعالى) قال في شرح الطحاوي و روى ابن سماعة عن ابي يوسف رحمهما الله تعالى اذا ساوم احدهما يكون بياناً يعني ان الآخر يتعين للعتق (و الهبة و التسليم و الصدقة و التسليم بمنزلة البيع، لانه تمليك) قال الاترازي و لنا فيه نظر، لانه لم يشترط التسليم في البيع الفاسد لان

---

(١) المحفوظ - قيل مثل هذه العبارة يستعمل فيما سمع و حفظ و لم تثبت الرواية عنه مكتوبة العناية. (٢) اراد الخ و في العناية للمعنيين يعني عدم محلية العتق بالاستيلاد من كل وجه و ابقاء الانتفاع الى موته و في الكفاية للمعنيين احدهما انه لم يبق محلا للاعتاق من كل وجه و الثاني انه قصد الابقاء على ملكه الى زمان الموت.

و كذلك لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما لما قلنا، و كذا لو وطئ احداهما لما نبين. و لو قال لأمتيه احداكما حرة ثم جامع احداهما لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا تعتق لان الوطئ لايحل الا في الملك، و احداهما حرة، فكان بالوطء مستبقياً الملك في الموطوءة فتعينت الاخرى لزواله بالعتق، كما في الطلاق، و له ان الملك قائم في الموطوءة لان الايقاع في المنكرة و هي معينة فكان وطؤها حلالاً فلايجعل بياناً، و لهذا حل وطؤهما على مذهبه الا انه لايفتي به،

الملك لا يثبت فيه الا بعد القبض، و هنا اشترط التسليم. و الحق عندي ان لايشترط التسليم في الفصلين جميعاً لوجود تصرف يختص بالملك فيهما، و لهذا الحق الحكم فيهما جميعاً انتهى قلت اخذ هذا من صاحب النهاية، فانه قال ذكر التسليم في قوله و الهبة و التسليم و الصدقة بمنزلة البيع على وجه التاكيد(١) لا على وجه الشرط (و كذلك) اي و كذلك تتعين الاخرى للطلاق (لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما لما قلنا)(٢) اشار به الى قوله لانه لم يبق محلا للطلاق بالموت (و كذا لو وطئ احداهما) اي احدي المرأتين لا احدى الأمتين (لما نبين) اي في المسألة التي بعد هذا (و لو قال لأمتيه احداكما حرة ثم جامع احداهما لم يعتق الاخرى عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) و به قال احمد رحمه الله تعالى (و قالا تعتق) و به قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى في رواية كما في الطلاق، و فيه الاتفاق (لان الوطء لايحل الا في الملك، و احداهما حرة فكان بالوطء مستبقياً الملك في الموطوءة، فتعينت الاخرى لزواله بالعتق، كما في الطلاق) بان قال لامرأتيه احداكما طالق ثم وطئ احداهما كان بياناً، و هذا الخلاف فيم اذا تعلق الامة الموطوءة، فاذا علقت يكون بياناً عند ابي حنيفة ايضا، نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي. و لو قال احداكما مدبرة ثم وطئ احداهما لايكون بياناً بالاجماع، لان التدبير لايزيل ملك البائع كذا في شرح الطحاوي (و له) اي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (ان الملك قائم في الموطوءة) اي في التي توطأ من كل منهما (لان الايقاع في المنكرة) اي لان ايقاع العتق انما هو في المنكرة (و هي معينة) اي الموطوءة معينة غير منكرة (فكان وطؤها حلالاً، فلايجعل بياناً، و لهذا) ي و لاجل قيام الملك في الموطوءة (حل وطؤهما) اي وطء الامتين جميعاً بعد قوله - لهما - احداكما حرة (على مذهبه) اي على مذهب ابي حنيفة رحمه الله تعالى(٣) (الا انه لايفتي به)

---

(١) على وجه التاكيد الخ كذا في العناية و الفتح. (٢) لما قلنا الخ و في العناية لما بينا ان الميت لم يبق محلا للعتق فكذالك لم يبق محلا للطلاق فتعين الاخرى له. (٣) على مذهب ابي حنيفة رحمه الله تعالى و هذا في ⇐

ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به او يقال نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله و الوطء يصادف المعينة، بخلاف الطلاق، لان المقصود الاصلي من النكاح الولد و قصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد، اما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد، فلايدل على الاستبقاء، و من قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاماً فانت حرة فولدت غلاما و جارية و لايدري ايهما ولد اولا عتق نصف الام و نصف الجارية و الغلام عبد،

اي بحل وطئها و هو استثناء من قوله حل وطؤها، اي يعلم هذا و لايفتي به معتمداً لابي حنيفة رحمه الله تعالى بترك الاحتياط (ثم يقال العتق غير نازل) هذا جواب(١) عما يقال العتق اما ان يكون نازلا اولا فان كان غير نازل كان اهمالا للفظ عن مدلوله و ان كان نازلاً لايجوز وطؤهما. فاجاب على كل واحد من الشقين فقال على الشق الثاني بقوله ثم يقال للعتق غير نازل (قبل البيان لتعلقه به) اي لتعليق العتق بالبيان، فكان كالعتق المعلق بدخول الدار و هو غير نازل قبل الدخول، فكذا هنا و قال على الشق الاول بقوله (او يقال نازل في المنكرة فيظهر) اي العتق النازل في المنكرة (في حق حكم تقبله) اي المنكرة كالبيع، فان المنكر يقبله بان يشترى احد العبدين على ان المشتري بالخيار فيهما، فانه يصح (و الوطء يصادف المعينة)(٢) اي وطء غير المعينة لايمكن، لانه هو حسي لايقع الا في المعين (بخلاف الطلاق) جواب عما يقال كيف يقع بياناً في الطلاق اجاب بقوله بخلاف الطلاق(٣) (لان المقصود الاصلي من النكاح الولد و قصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد) اي لاجل صيانة الولد (اما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلايدل على الاستبقاء) فلا يصير وطأها بيانا للعتق في الاخرى. (و من قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاماً فانت حرة فولدت غلاماً و جارية لايدري ايهما ولد اولا عتق نصف الام و نصف الجارية و الغلام عبد) في شرح الطحاوي

=> غاية الدقة و يلوح منه سيما التحقيق العناية و في فتح القدير فالحق انه لايحل وطؤهما كما لايصح بيعهما الخ ان شئت راجع تحقيق ابن الهمام رحمه الله تعالى. (١) جواب الخ كذا في العناية. (٢) المعينة و في العناية و الوطء لاتقبله المنكرة لانه يصادف المعينة اذ هو امر حسي لايقع الا في المعين و وطء غير المعين غير ممكن فلايكون الوطء بيانا في الاخرى انتهى. (٣) بخلاف الطلاق - و في الكفاية بخلاف الطلاق فان بوطئ احداهما في باب الطلاق ياتي بما هو المعظم من المقاصد في باب النكاح فيصير بيانا كما لو باع احداهما في ما نحن فيه لانه اتى بالبيع بما هو المعظم من المقاصد في ملك اليمين و الوطئ في ملك اليمين ليس من معظم المقاصد الا =>

روي عن محمد انه قال لايعتق واحد منهم. و في المبسوط(١) ذكر محمد في الكيسانيات هذا الجواب الذي ذكر ليس بجواب هذا الفصل، بل في هذا الفصل لايحكم بعتق واحد منهم، و لكن يحلف المولى بالله ما يعلم انها ولدت الغلام اولاً، فان نكل فنكوله كاقراره و ان حلف فهم أرقاء و اما جواب الكتاب ففي فصل آخر، و هو ما اذا قال لامته اذا كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة، و ان كان جارية فهي حرة فولدتهما جميعا و لايدر الاول فالغلام رقيق، و الامة حرة و يعتق نصف الام، لانها ان ولدت الغلام اولا فهي حرة، و الغلام رقيق، و ان ولدت الجارية اولا فهي حرة و الغلام و الام رقيقان فالام تعتق في حال دون حال فيعتق نصفها، و الغلام عبد بيقين و الجارية حرة بيقين، اما بعتق نفسها او بعتق الام. قال صاحب النهاية هو الصحيح. و قال الاترازي ناقلاً عن الكافي وغيره هذه المسالة على وجوه ستة فلنذكرها ملخصة احدها:(٢) ان يتصادقوا على انهم لايدرون ايهما ولد اولا، يعتق من الام و الجارية النصف، و يسعى كل واحد منهما في النصف و الغلام رقيق. الثاني: ان تدعي الام ان الغلام ولد اولا و انكر المولى ذلك و قال ان الجارية هي الاول و هي صغيرة فالقول قول المولى مع يمينه على العلم. فان حلف لايثبت عتق واحدة فان نكل عتقت الام و الجارية و هي اذا كانت صغيرة تصير الام خصماً عنها، لكون حريتها نفعاً محضاً فيعتقا جميعاً. قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير، و انما تصح خصومة الام عن البنت ما دامت صغيرة، و ان كانت كبيرة لاتصح. الثالث: ان يتصادقوا ان الجارية هي التي ولدت اولا لايعتق احد لانعدام شرط العتق. الرابع: ان يتصادقوا ان الغلام ولد اولا تعتق الام لوجود شرط العتق، و كذا الجارية تبعاً للام و الغلام عبد، لانه زال عنها في حال الرق، و لايعتق تبعاً لها. الخامس: ان تدعي الام ان الغلام اول، و لم تدع الجارية شيئا و هي كبيرة حلف المولي على العلم، فان حلف لايثبت عتق احد، و ان نكل عتقت الام دون الجارية. السادس: ان تدعي الجارية و لم تدع الام شيئاً فان حلف المولى لايثبت عتق احد و ان نكل عتق الجارية دون الام و قال الحاكم(٣) في مختصر الكافي و لو قال ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة و ان كان جارية فهي حرة فولدتهما، فان علم ايهما اول عمل على ذلك، و ان لم يعلم،

=> ترى ان شراء المجوسية و شراء من يحرم عليه وطئها برضاع او صهرية يجوز بخلاف النكاح. (١) المبسوط للسرخسي باب عتق ما في البطن ص١٣٣ ج٧ و كذا في العناية ص٢٩٢ ج٤ و فتح القدير و الكفاية. (٢) احدها الخ ذكر الوجوه الستة في العناية و الكفاية لكن ترتيبهما الذكرى مختلف. (٣) الحاكم الخ و كذالك في الفتاوى الهندية ص٣٤ ج٢.

لان كل واحد منهما تعتق في حال و هو ما اذا ولدت الغلام اول مرة الام بالشرط و الجارية لكونها تبعاً لها اذ الام حرة حين ولدتها و ترق في حال و هو ما اذا ولدت الجارية اولاً لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما و تسعى(١) في النصف، اما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبداً و ان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا و انكر المولى و الجارية صغيرة فلاقول قوله مع اليمين لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم، و ان نكل عتقت الام و الجارية، لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعاً محضاً فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا و لو كانت الجارية كبيرة و لم تدع شيئا و المسألة بحالها عتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية، لان دعوى الام غير مغتبرة في حق الجارية الكبيرة و صحة النكول تبتني على الدعوى، فلم يظهر في حق الجارية و لو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام و الام ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما

و اتفق الام و المولي على شيء فكذلك و ان قالا لاندري فالغلام رقيق و الابنة حرة و يعتق نصف الام. (لان كل واحدة منهما) اي من الغلام و الجارية (تعتق في حال و هو ما اذا ولدت الغلام اول مرة) عتقت (الام بالشرط) اي بوجود الشرط (و الجارية) اي تعتق الجارية (لكونها تبعاً لها اذ الام حرة حين ولدتها و ترق) اي الام (في حال و هو ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما و يسعى في النصف، اما الغلام يرق في الحالين، فلهذا يكون عبداً و ان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا و انكر المولى و الجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين) اي القول قول المولى مع اليمين(٢) على العلم (لانكاره شرط العتق، فان حلف لم يعتق واحد منهم، و ان نكل عتقت الام و الجارية لان دعوى(٣) الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعاً محضاً فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا) اي الام و الجارية (و لو كانت الجارية كبيرة و لم تدع شيئاً، و المسألة بحالها) اي ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا و انكر المولى (عتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوي الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة(٤) و صحة النكول تبتني على الدعوى فلم يظهر في حق الجارية) اي حرية الجارية الكبيرة (و لو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام و الام ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما

---

(١) تسعى - ن - يسعى. (٢) اليمين اي بالله ما يعلم ان الغلام ولد اولا فتح القدير. (٣) دعوى الام حرية الصغيرة تثبت في ضمن دعواها حرية نفسها لانها نفع محض مع ثبوت ولايتها عليها في الجملة و عجز الصغيرة عن دعواها لنفسها - فتح. (٤) الكبيرة لان الدعوى عن الغير انما تصح بولاية او نيابة و هما منتفيان عن =>

قلنا، و التحليف على العلم فيما ذكرنا لانه استحلاف على فعل الغير و بهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية االمنتهى. قال و اذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى الا ان يكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق و ان شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة و يجبر الزوج على ان يطلق احداهن و هذا بالاجماع. و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى الشهادة في العتق مثل ذلك، و اصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لاتقبل من غير دعوى العبد عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما تقبل و الشهادة على عتق الامة و طلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق و المسألة

قلنا) اشار به الى قوله - و صحة النكول تبتني على الدعوى - (و التحليف على العلم فيما ذكرنا، لانه استحلاف على فعل الغير، و بهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى) اي و بهذا القدر من البيان يعرف ما ذكرنا من الوجوه تفصيلاً في كتاب كفاية المنتهى، و اراد بها الوجوه الستة التي ذكرناها آنفا و الاربعة(١) من الوجوه مذكورة في الكتاب يقف عليه المتامل الفطن (قال) اي محمد في الجامع الصغير (و اذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) بخلاف الشهادة على طلاق احدى نسائه، فانها جائزة بالاجماع و يجبر على البيان ، و على اعتاق احد عبديه كذلك عندهما و عند ابي حنيفة رحمه اللة تعالى هي باطلة (الا ان تكون) اي الشهادة (في وصية استحساناً) اي استحسنه بان قال رجل في مرض موته احد عبدي حر ثم يموت الرجل و يترك ورثته فينكرون فالشهادة جائزة (ذكره في العتاق) اي ذكر الاستحسان في عتاق الاصل، و قال لو قال الشاهدان ان كان هذا عند الموت استحسن، ان يعتق من كل واحد منهما نصفه (و ان شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة و يجبر الزوج ان يطلق) اي على ان يبين (احداهن، و هذا بالاجماع. و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالي الشهادة في العتق مثل ذلك) و يؤمر بان يوقع العتق على احدهما (و اصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لاتقبل من غير دعوى العبد عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما تقبل) و به قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى (و الشهادة على عتق الامة و طلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق، والمسألة

=> الكبيرة فلاتتضمن دعوى الام حرية نفسها دعواها حرية البنت - فتح. (١) و الاربعة الخ و الباقية هي ما اذا اتفقوا على ان ولادة الغلام اولا او اتفقوا على ان ولادة الجارية اولا فلايعتق احد في الثاني و يعتق كل =>

معروفة. و اذا كان دعوى العبد شرطاً عنده لايتحقق في مسألة الكتاب، لان الدعوى من المجهول لايتحقق فلاتقبل الشهادة، و عندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة و ان انعدم الدعوى، اما في الطلاق فعدم الدعوى لايوجب خللاً في الشهادة، لانها ليست بشرط فيها، و لو شهدا انه اعتق احدى امتيه لاتقبل عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و ان لم يكن الدعوى شرطا فيه(١) لانه انما لايشترط(٢) الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق و العتق المبهم لايوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه، فصار كالشهادة على عتق احد العبدين، و هذا كله اذا شهدا في صحته على انه اعتق احد عبديه، اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في صحته او في

معروفة، و اذا كان دعوى العبد شرطاً عنده) اي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى (لم يتحقق) اي الدعوى في مسألة الكتاب) اي في مسألة كتاب الجامع الصغير (لان الدعوى من المجهول لايتحقق فلاتقبل الشهادة، و عندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة و ان انعدم الدعوى اما في الطلاق، فعدم الدعوى لايوجب خللاً في الشهادة لانها) اي لان الدعوى (ليست بشرط فيها) اي في الشهادة في الطلاق (و لو شهدا انه اعتق احدى امتيه لاتقبل عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و ان لم يكن الدعوى شرطاً فيه) اي في حق الامة الواحدة هذا كانه صورة نقض على ابي حنيفة رحمه الله تعالى و دفعه المصنف بقوله (لانه انما لايشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق) و معنى قوله انه يتضمن تحريم الفرج ان العتق اذا حصل استلزم ان يكون الوطء بعده زنا، و اعترض(٣) بان عتق العبد المعين يستلزم تحريم استرقاقه، و ذلك ايضا حق الله، فوجب ان تستغنى الشهادة فيه عن الدعوى. و الجواب ان لازم عتقها من اعظم الكبائر، و لازم عتقه حرمة لم ينص عليها الشرع فضلاً عن ان يكون من الكبائر فالتسوية عليهما خطأ. (و العتق المبهم لايوجب تحريم الفرج عنده) اي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى (على ما ذكرناه) يعني قوله ان الملك قائم في الموطوءة، و لهذا حل وطؤها (فصار كالشهادة على عتق احد العبدين) فان الشهادة فيه باطلة عنده كما مر (و هذا كله) اي هذا المذكور كله (اذا شهدا) اي الشاهدان (في صحته) اي في صحة الرجل على (انه اعتق احد عبديه، اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره) اي على انه دبر احد عبديه (في صحته او في

=> الام و الجارية في الاول و بهما تتم الاوجه للمسئلة ستة - فتح. (١) فيه - ن - فيها. (٢) لايشترط - ن - لاتشترط. (٣) و اعترض الخ كذا في العناية.

مرضه و اداء الشهادة في مرض موته او بعد الوفاة تقبل استحساناً لان التدبير حيثما وقع وقع وصية، و كذا العتق في مرض الموت وصية، و الخصم في الوصية انما هو الموصي و هو معلوم و عنه خلف و هو الوصي او الوارث و لان العتق في مرض الموت يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصماً متعيناً، و لو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر قد(١) قيل لاتقبل، لانه ليس بوصية، و قيل تقبل للشيوع.

مرضه) فان هذه الشهادة لاتقبل في القياس، و تقبل في الاستحسان، و هو معنى قوله (و اداء الشهادة في مرض موته او بعد الوفاة تقبل استحسانا(٢) لان التدبير حيثما وقع وقع وصية) يعني سواء وقع في حال الصحة او في حال المرض (و كذا العتق في مرض الموت وصية، و الخصم في الوصية انما هو الموصي و هو معلوم) لان تنفيذ الوصايا حق الميّت، فكان الميت مدعياً تقديراً (و عنه خلف) اي و عن الموصي خلف (و هو الوصي او الوارث) فتقبل الشهادة (و لان العتق في مرض الموت) هذا دليل ثان لوجه الاستحسان (يشيع بالموت فيهما) اي في العبدين (فصار كل واحد منهما خصماً متعيناً) لانه اوجب العتق في احدهما في حال عجزه عن البيان، فكان ايجاباً لهما، و لهذا يعتق نصف كل واحد منهما (و لو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر فقد قيل لاتقبل) اي هذه الشهادة (لانه ليس بوصية، و قد قيل تقبل للشيوع) اي لشيوع العتق فيهما فكان كل واحد منهما خصماً متعيناً فكانت دعواهما صحيحة و هي تقتضي قبول الشهادة و انما قال بلفظ قيل لا نص فيه عن اصحابنا، و لكن المشايخ اختلفوا فيه. و قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير و ان شهدا بعد موته انه قال في حياته و صحته احدكما حر فلا نص فيه. و اختلف(٣) مشايخنا في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الطريق هو الوصية لم تقبل هاهنا او ان الطريق هو الشيوع قبلت هاهنا، و الصحيح ان تقبل لجواز ان تكون معلولاً بعلتين، فتعدى باحداهما و الله اعلم.

---

(١) قد - ن - فقد. (٢) إستحسانا - و للاستحسان وجهان ذكرهما المصنف احدهما ان التدبير مطلقا و العتق في المرض وصية و الخصم في الوصية انما هو الموصى لان تنفيذ الوصايا حق الميت فكان الميت مدعيا تقديرا و عنه خلف و هو الوصي او الوارث فتقبل الشهادة و الثاني ان العتق يشيع بالموت فيهما لانه اوجب العتق في احدهما في حال عجزه عن البيان فكان ايجابا لهما و لهذا يعتق نصف كل واحد منهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا و لم يذكر وجه القياس و هو ان المقضى له مجهول و الدعوى من المجهول لاتتحقق لظهوره مما تقدم - العناية. (٣) و اختلف الخ و في فتح القدير لارواية فيه عن ابي حنيفة و اختلف المشائخ في تفريعها على قوله فقيل لاتقبل لانه ليس بوصية لاسنادهما العتق المنجز الى حالة الصحة فلم يكن الميت مدعيا تقديرا و قيل =>

باب الحلف بالعتق

و من قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر و ليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت، الا انه اسقط الفعل و عوضه بالتنوين، فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول، و كذا لو

(باب الحلف بالعتق)

اي هذا باب في بيان حكم الحلف بالعتق، و الحلف(١) بكسر اللام مصدر من حلف بالله يحلف حلفاً، و الحلف ان يجعل العتق جزاء على الحلف بان يعلق العتق بشيء، و لما كان المعلق قاصراً في السببية أخر التعليق عن التنجيز (و من قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر، و ليس له مملوك) يعني زمان الحلف (فاشترى مملوكاً ثم دخل عتق) اعترض(٢) عليه بانه يجب ان لايعتق عليه مايشتري به بعد اليمين، و ان قال يومئذ لانه ما اضاف العتق الى الملك و لا الى سببه، فكان كما لو قال لعبد الغير ان دخلت الدار فانت حر، فاشتراه ثم دخل الدار فانه لايعتق لذلك. و اجيب بانه وجد الاضافة فيما ملك دلالة، لان قوله كل مملوك لي يومئذ معناه و ان ملكت مملوكاً وقت دخول الدار فهو حر، بخلاف تلك المسألة لانه لم يوجد فيها الاضافة لا صريحا و لا دلالة (لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت) الدار (الا انه اسقط الفعل) و هو قوله دخلت (و عوضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول) لان قوله يومئذ ظرف لقوله كل مملوك فيعتق كل مملوك له سواء كان مستحدثا بعد اليمين او لم يكن اذا وجد في ملكه حينئذ، اعني وقت الدخول، لانه علق حرية المملوك المضاف الى ذلك الوقت بالدخول بخلاف ما اذا لم يذكر قوله يومئذ بل قال اذا دخلت الدار فكل مملوك حر لا يعتق ما اشتراه بعد الحلف، لانه ارسل الملك ارسالاً، و الملك المرسل يراد به الحال، لان المستقبل موهوم فلايعتبر، فصار كانه قال كل مملوك لي في الحال، فلو علق هذا بذكر الحال لا يعتق ما اشتراه بعد الحلف، فكذا هذا (و كذا لو

=> تقبل لان العتق شاع بعد الموت فيصح دعواهما كما ذكرنا و صحح فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير قبولها لجواز ان يكون الحكم معلولا بعلتين فيتعدى باحداهما و تبعه صاحب الكافي و قال هو الاصح انتهى.

(١) الحلف و في لسان العرب الحلف (بكسر الحاء و سكون اللام) و الحلف (بفتح الحاء و كسر اللام) القسم (بفتح القاف و السين) حلف اي اقسم يحلف حلفاً (بفتح الحاء و سكون اللام) و حلفا (بكسر الحاء و سكون اللام) و حلفا (بفتح الحاء و سكون اللام). (٢) اعترض الخ كذا في العناية و اعلم ان بعض من لايجيز تعليق الطلاق بالملك قبل الملك اجازه في العتق روى ذالك عن احمد رحمه الله تعالى للفرق بان الشارع متشوف الى العتق دون الطلاق و عندنا المصحح مطرد فيهما. فتح.

كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا، و لو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق، لان قوله كل مملوك لي للحال و الجزاء حرية المملوك في الحال، الا انه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي على ملكه الى وقت الدخول و لايتناول من اشتراه بعد اليمين. و من قال كل مملوك لي ذكر فهو حر و له جارية حامل فولدت ذكراً لم يعتق و هذا اذا ولدت لستة اشهر فصاعداً ظاهر لان اللفظ للحال، و في قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود اقل مدة الحمل بعده، و كذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر، لان اللفظ يتناول المملوك المطلق و الجنين مملوك تبعاً للام لامقصوداً و لانه عضو من وجه و اسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء و لهذا لايملك بيعه منفرداً. قال العبد الضعيف و فائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لي تدخل الحامل

كان في ملكه يوم حلف عبد عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا) اشار به الى قوله - المعتبر قيام الملك وقت الدخول - قال (و لو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق) اي لم يعتق ما اشتراه بعد الحلف و قد ذكرنا وجهه (لان قوله كل مملوك لي للحال) يعني يراد به الحال (و الجزاء حرية المملوك في الحال، الا انه لما دخل الشرط على الجزاء تاخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي ملكه وقت الدخول و لايتناول ما اشتراه بعد اليمين) فصار كانه قال كل مملوك لي في الحال فهو حر اذا دخلت الدار يعتق ما كان في ملكه دون ما يستملكه، فكذا هذا (و من قال كل مملوك لي ذكر) بجر - ذكر - لانه صفة المملوك (فهو حر و له جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق) لان المملوك مطلق، و المطلق ينصرف الى الكامل و الجنين ليس بكامل (و هذا) اي و هذا الحكم (اذا ولدت الجارية المذكورة لستة اشهر فصاعداً ظاهر، لان اللفظ للحال، و في قيام الحمل وقت اليمين احتمال) يعني يحتمل ان يكون الحمل وقت اليمين، و يحتمل ان لايكون (لوجود اقل مدة الحمل بعده) اي بعد وقت اليمين (و كذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر، لان اللفظ يتناول المملوك المطلق و الجنين مملوك تبعاً للام لا مقصودا) الا ترى انه لو أعتقه عن كفارة يمينه لايجوز (و لانه) اي لان الجنين (عضو من وجه) بدليل انه ينتقل بانتقال امه و يتغذى بغذائها (و اسم المملوك المطلق يتناول الانفس الكاملة دون الاعضاء، و لهذا لايملك بيعه) اي بيع الجنين حال كونه (منفرداً) لكونه عضوا من اعضائها (قال) اي المصنف رحمه الله تعالى (و فائدة التقييد بوصف الذكورة) يعني في كل مملوك لي ذكر فهو حر (انه لو قال كل مملوك لي) بدون لفظ ذكر (تدخل الحامل(١)

---

(١) تدخل الحامل - و في فتح القدير - فتدخل الحامل فيعتق حملها تبعا و هذا بناء على ان لفظة مملوك =>

فيدخل الحمل تبعاً لها، و ان قال كل مملوك املكه فهو حر بعد غد، او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد و له مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لان قوله املكه للحال حقيقة يقال انا املك كذا و كذا و يراد به الحال، و كذا يستعمل له من غير قرينة، و للاستقبال بقرينة السين او سوف

فيدخل الحمل تبعاً لها) اي للحامل، و الدليل على هذا ما اورده الولوالجي في فتاواه بقوله لو قال كل مملوك لي فهو حر و له عبد و امهات اولاد و مدبرون و مكاتبون عتقوا جميعاً الا المكاتبين لانه اوجب العتق لكل مملوك مضاف اليه بالمملوكية مطلقاً، و هذا متحقق فيما ذكرها بخلاف المكاتبين لانه يملكهم رقبة لا يدا (و ان قال كل مملوك املكه فهو حر بعد غد) قوله - بعد غد - ظرف لقوله - حر - لا لقوله - املكه فان املكه للحال (او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد و له مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد) بعد هنا مرفوع لانه فاعل جاء لان بعد معرب و ليس بمبني، و انما ينتصب في مواضع على الظرفية (عتق الذي) اي المملوك الذي (في ملكه يوم حلف، لان قوله املكه للحال حقيقة) بالرفع ليكون خبر ان، و يجوز النصف على التمييز (يقال انا املك كذا و كذا و يراد به الحال، و كذا يستعمل له) اي للحال (من غير قرينة، و للاستقبال بقرينة السين او سوف) و قال صاحب النهاية و هذا التقرير يخالف رواية اهل النحو و هي انه مشترك بين الحال و الاستقبال. و قال الاكمل(١) و ظاهر تقرير المصنف يدل على ما قاله صاحب

=> اما لذات متصفة بالمملوكية و قيد التذكير ليس جزء المفهوم و ان كان التانيث جزء مفهوم مملوكة فيكون مملوك اعم من مملوكة فالثابت فيه عدم الدلالة على التانيث لا الدلالة على عدم التانيث و اما ان الاستعمال استمر فيه على الاعمية فوجب اعتباره كذالك انتهى. (١) الاكمل في العناية ص١٠٣ ج٤ و في فتح القدير و لفظ بعد غد بالرفع لانه فاعل لجاء لا ظرف و وجهه أن كل مملوك تقدم انه للحال و كذا لفظ املك للحال حقيقة يقال انا املك كذا فيتبادر منه الحال و التبادر دليل الحقيقة و لذا استعمل فيه من غير قرينة و في الاستقبال بقرينة السين و سوف وغيرهما كاسناده الى متوقع و اقتضائه طلبا على ما عرف في النحو و هذا احد المذاهب لاهل العربية و قيل بقلبه و عليه مشي في المحيط حيث قال املك و ان كان حقيقة في الاستقبال الا انه صار للحال شرعا كما في الشهادة و عرفا يقال املك كذا درهما فكان كالحقيقة في الحال و المذهب الثالث انه مشترك للحال و الاستقبال و هو الذي اورده بعض الشارحين على المصنف ظنا ان مذهب النحاة ليس الا انه مشترك و هو ظاهر مذهب سيبويه و اعجب منه من رام دفعه عن المصنف بان قول المصنف انه للحال لايدل على انه للاستقبال ليس حقيقة لان المشترك حقيقة في المعنيين الخ فترك النظر الى قول المصنف و لذا يستعمل له بغير قرينة و في الاستقبال بقرينة و هذا صريح في انه في الاستقبال مجاز لانه هو المشروط بالقرينة بل الجواب ما ذكرنا ان =>

فيكون مطلقه للحال، فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافاً الى

النهاية. و قال الكاكي قيل ما ذكروه بحسب الاستعمال لابحسب الوضع و الشيخ ذكره بحسب الوضع، لانهم وضعوا صيغاً للماضي و صيغا للاستقبال، و هي الامر و النهي، فوجب ان يكون افعل للحال، لان الاصل ان يكون لكل معنى لفظ على حدة، فوجب ان يكون للحال يقيناً للاشتراك و الترادف و في المحيط - املك - و ان كان حقيقة للاستقبال الا انه صار للحال شرعاً كما في الشهادة، و عرفا كما يقال املك كذا درهماً، فكان كالحقيقة في الحال. و في الذخيرة صيغة افعل للحال حقيقة، و هو مذهب محققي النحويين، و بعد هذا اختلف عبارات المشايخ قيل للحال احق، اذ ليس للحال صيغة سوى هذا، بخلاف الاستقبال، كما في اشهد و اصلي، و كما يتعين للاستقبال في قولك اتزوج و اسافر. و قال الاترازي قال بعضهم في شرحه تقرير صاحب الهداية يخالف رواية النحو، لانه قال - املكه - للحال حقيقة الى قوله - او سوف - و اهل النحو قالوا ان المضارع مشترك بين الاستقبال و الحال. قلت لانسلم المخالفة لان كونه للحال حقيقة، لايدل على ان كونه للاستقبال ليس بحقيقة، لان المشترك يدل على كل واحد من المعنيين بسبيل الحقيقة، لكنه سبيل البدل، و يرجح احدهما بالدليل اذا وجد، و قد وجد هنا عند الاطلاق دليل على ارادة الحال، لان الحال موجود فلايعارضه المستقبل المعدوم الموهوم، انتهى كلامه. قلت اراد بقوله قال بعضهم في شرحه صاحب النهاية. و قال الاكمل و قال بعض الشارحين و اراد به الاترازي ثم ساق كلام الاترازي الى قوله المعدوم الموهوم ثم قال اقول قول المصنف و كذا يستعمل له من غير قرينة يابى قول هذا الشارح لان المشترك لايستعمل في احد المعنيين بعينه الا بقرينة، و ليس النحويون مجتمعين على ان المضارع مشترك، بل منهم من قال انه حقيقة في الاستقبال مجاز في الحال، و منهم من ذهب الى عكس ذلك، و لعله مختار المصنف لتبادر الفهم اليه (فيكون مطلقه) اي فيكون مطلق املك (للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافاً الى

=> الاشتراك ليس مذهب كل النحاة بل المذاهب ثلاثة و ما اختاره المصنف مذهب المحققين منهم كابى على الفارسي وغيره و استدل عليه بما ذكره المصنف من انه لايراد الاستقبال الا بقرينة كما ذكرنا بخلاف الحال و اما اختيار عكسه كما في المحيط فورد عليه ان الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى فكان ينبغي ان يكون الجواب عنده على الخلاف المذكور و اما تفريعه على الاشتراك فغاية وجه به ان تعين الحال بغلبة الاستعمال عند عدم القرينة اي المعينة لاحد المفهومين الحقيقيين بخلاف نحو اسافر و اتزوج فانه محفوف بقرينة الاستقبال و هي المشاهدة و اذا ثبت انه يراد به الحال على اختلاف التخريج كان الجزاء حرية عبد مملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلايعتق المملوك بعد الحال انتهى.

ما بعد الغد، فلايتناول ما يشتريه بعد اليمين، و لو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي و له مملوك فاشترى مملوكاً آخر فالذي كان عنده وقت اليمين مدبر و الآخر ليس بمدبر، و ان مات عتقا من الثلث. و قال ابويوسف رحمه الله تعالى في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف و لايعتق ما استفاد بعد يمينه و على هذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر، له ان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلايعتق به ما سيملكه و لهذا صار هو مدبراً دون الآخر، و لهما ان هذا ايجاب عتق و ايصاء حتى اعتبر من الثلث و في الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة و الحالة الراهنة الا يرى(١) انه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية،

ما بعد الغد، فلايتناول ما يشتريه، بعد اليمين. و لو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي و له مملوك فاشترى مملوكاً آخر فالذي كان عنده وقت اليمين مدبر و الآخر ليس بمدبر) اي ليس بمدبر مطلق بل هو مدبر مقيد جاز له ان يبيعه (و ان مات) اي المولى (عتقا من الثلث) مشتركين فيه (و قال ابويوسف رحمه الله تعالى في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف) يعني بطريق التدبير (و لا يعتق ما استفاد بعد يمينه) لان اللفظ حقيقة للحال، و هو المراد فلايجوز ان يكون غيره مراداً على اصلنا (و على هذا) اي على هذا الحكم (اذ قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر) يعني يكون الذي عنده يوم الحلف مدبراً و الذي اشتراه بعده ليس بمدبر (له) اي لابي يوسف رحمه الله تعالى (ان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه) عند قوله فيكون مطلقه للحال، اي قوله بعد اليمين (فلايعتق به) اي باللفظ المذكور (ما سيملكه) بعد حلفه (و لهذا) اي و لاجل ذلك (صار هو) اي الذي في ملكه يوم الحلف (مدبراً دون الآخر) و هو الذي يملكه بعد اليمين (و لهما) اي لابي حنيفة و محمد رحمه الله تعالى (ان هذا) اي قوله كل مملوك املكه، و قوله كل مملوك لي فهو حر بعد موتي (ايجاب عتق و ايصاء) اي وصية. اما ايجاب عتق فبقوله كل مملوك املكه او لي فهو حر، و اما انه ايصاء فبقوله بعد موتي (حتى اعتبر من الثلث) في الموجود عند الحلف بالاتفاق (و في الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة) اي المتربصة (و الحالة الراهنة) اي الحاضرة التي تقال الآن، و سميت بالراهنة لان الرهن هو الحبس و المرء محبوس فيها، لا فيما قبلها و لا فيما بعدها ثم اوضح ذلك بقوله (الا يرى انه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية) بان قال ثلث مالي لفلان بعد موتي فاكتسب بعد ذلك مالا ثم مات،

---

(١) الا يرى – ن – الاترى.

و في الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها، والايجاب انما يصح مضافاً الى الملك او الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مدبراً حتى لايجوز بيعه، و من حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتباراً للحالة المتربصة، و هي حالة الموت، و قبل الموت حالة التملك استقبال محض فلايدخل تحت اللفظ، و عند الموت يصير كانه قال كل مملوك لي او كل مملوك املكه فهو حر، بخلاف قوله بعد غد

للموصي به ثلث ما كان موجودا عند الموت (و في الوصية) اي يدخل في وصية (لاولاد فلان من يولد له بعدها) اي بعد الوصية اذا عاشوا الى وقت الموت (و الايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه) و هو الشراء قال الاترازي لما ذكر قبل هذا بقوله لهما ان هذا ايجاب عتق و ايضا ان فيه الايجاب وجهة الايصاء فيراعي كل واحد منهما، ثم الايجاب انما يصح اذا اضيف الى الملك او الى سبب الملك (فمن حيث انه) اي قوله - كل مملوك املكه - (ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتباراً للحالة الراهنة فيصير مدبراً) اي المملوك مدبراً (حتى لايجوز بيعه و من حيث انه) اي ان قوله كل مملوك لي فهو حر بعد موتي (ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتباراً للحالة المتربصة و هي حالة الموت) و يصير مدبراً بعده، و لايصير مدبراً قبله كالذي كان في ملكه و قال الكاكي قوله - فالايجاب انما يصح جواب سؤال مقدر، و هو على وجهين احدهما ان يقال ينبغي ان لايتناول الايجاب المشتري اصلا لا في الحال، و لا في المآل، لان التناول انما يكون مضافاً الى الملك او الى سببه، و ليس احدهما في حقه. فاجاب عنه و قال انما يتناول باعتبار الايصاء لا باعتبار الايجاب الحالي. و الثاني: و هو ان يقال ينبغي ان يكون المشتري مدبراً مطلقاً حال شرائه لان التدبير في كل مدبر انما يكون على وجه الايصاء حتى يعتبر من الثلث و في الايصاء لايتفاوت الحالي و المستحدث. كما لو اوصى بثلث ماله يدخل فيه الحالي و المستحدث: فاجاب عنه فان ايجاب التدبير مطلقا انما يكون عند اضافة التدبير الى الملك او الى سببه و لم يوجد في حق المستحدث، انتهى. (و قبل الموت حالة التملك استقبال محض) قيل هذا اشارة الى الجواب عن قول ابي يوسف رحمه الله تعالى تقريره ان ابايوسف قال فيما روى عنه ابوطاهر الدباس في النوادر ان اللفظ حقيقة للحال فلايعتق به ما سيملكه، و تقرير الجواب ان قبل الموت حالة التملك استقبال محض (فلايدخل تحت اللفظ، و عند الموت يصير كانه قال كل مملوك لي او كل مملوك املكه فهو حر) لدخوله تحت الحالة المتربصة، فيصير مدبراً لكون العتق في المرض وصية (بخلاف قوله بعد غد) اي بخلاف قوله كل مملوك املكه او لي حر بعد غد

على ما تقدم، لانه تصرف واحد، و هو ايجاب العتق، و ليس فيه ايصاء، و الحالة محض استقبال فافترقا، و لايقال انكم جمعتم بين الحال و الاستقبال، لانا نقول نعم لكن بسببين مختلفين ايجاب عتق و وصية، و انما لايجوز ذلك بسبب واحد.

(على ما تقدم) عند قوله - و ان قال كل مملوك املكه بعد غد ... - الى آخره (لانه تصرف واحد و هو ايجاب العتق و ليس فيه ايضاء و الحالة محض استقبال) لايتناولها الايجاب لعدم الاضافة الى الملك او الى سببه (فافترقا) اي الحكمان المذكوران (و لايقال انكم جمعتم بين الحال و الاستقبال) قال الاكمل هذا اشارة الى جواب ابي يوسف رحمه الله تعالى (لانا نقول نعم) جمعنا بين الحال و الاستقبال (لكن بسببين مختلفين ايجاب عتق و) ايجاب (وصية) حاصله انه دخل ما ملكه تحت هذا الايجاب بحكم الوصية لا بحكم الايجاب، و دخل ما يملكه باعتبار الايجاب لا بحكم الوصية، فلم يكن جمعا بين الحال و الاستقبال بسبب واحد (و انما لايجوز ذلك) اي الجمع بين الحال و الاستقبال اذا كان (بسبب واحد) قال الاترازي صاحب الهداية سلم السؤال كما ترى، و الاولى ان يمنع بان يقال لانسلم جمعنا بينهما، لان الحالة المتربصة ما اريدت باعتبار انها استقبال، بل باعتبار انها حال محكية مقصودة فلايرد هذا السؤال و قال الاكمل(١) و لعل ابايوسف اراد بقوله - بسببين مختلفين - ايحاب عتق و وصية الالفاظ الدالة على ذلك في طرفي الكلام، لان الحقيقة و المجاز من صفات اللفظ و فيه نظر، لانه يستلزم التنافي بين طرفي كلام واحد ان كان المرادايجاب عتق في الحال او كونه ايصاء فقط ان كان المراد ايجاب عتق بعد الموت. و لو قال هذا الكلام تدبير، و التدبير حيثما وقع وقع وصية، و الوصية تعتبر فيها الحالة الراهنة و المنتظرة، فيدخل تحته ما كان في ملكه و ما يوجد بعد الموت و اما ما بينهما فليس بداخل تحته فلايصير المستحدث مدبراً حتى يموت لعله يكون اسهل تاتيا و اسلم من الاعتراض، و الله تعالى اعلم.

---

(١) قال الاكمل في العناية ص٣٠٣ ج٤.

باب العتق على جعل

و من اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق، و ذلك مثل ان تقول(١) انت حر على الف درهم او بالف درهم و انما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لايملك نفسه و من قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال، كما في البيع فاذا قبل صار حراً

(باب العتق على جُعل)

اي هذا باب في بيان حكم العتق على جعل، و الجعل(٢) بضم الجيم ما جعل للانسان من شيء على شيء يفعله، و كذا الجعيلة و الجعالة بفتح الجيم، و به صرح القتبي في شرح غريب الحديث، و اثبت في الصحاح بكسر الجيم، و لم يذكر في تهذيب ديوان الادب في باب فعال بكسر الفاء، بل ذكره في مفتوح الفاء و الجعل بفتح الجيم مصدر، و بالضم اسم يقال جعلت لك، كذا جعلا و جعلا و هو الاجرة على الشيء قولا او فعلاً و انما اخر هذا الباب لكون المال غير اصل في باب العتق (و من اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق، و ذلك مثل ان تقول انت حر على الف درهم او بالف درهم) و كذلك لو قال على الف تؤديها او على ان تعطيني الفا او على ان تجيئني بالف قوله عتق مثل قتل (و انما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال، اذ العبد لايملك نفسه، و من قضية المعاوضة ثبوت الحكم) اراد به العتق هنا (بقبول العوض للحال كما في البيع) فانه اذا قال اشتريت بعد ان يقول البائع بعت يقع العقد (فاذا قبل صار حراً) فان قلت(٣) كلمة على للشرط

---

(١) تقول - ن - يقول. (٢) الجعل الخ و في لسان العرب و الجعل (بضم الجيم و سكون العين) و الجعال (بكسر الجيم) و الجعيلة (بفتح الجيم و كسر العين و سكون الياء) و الجعالة (بضم الجيم و فتحها و كسرها) كل ذالك ما جعله له على عمله و الجعالة (بفتح الجيم) الرشوة، و الجعالة (بتثليث اعراب الجيم) ما يجعل للغازي و ذالك اذا وجب على الانسان غزو فجعل مكانه رجلا آخر يجعل (بضم الجيم) يشترطه و الجعالة بالفتح من الشيء تجعله للانسان و الجعائل (بفتح الجيم) قال ابن الاثير جمع جعيلة او جعالة بالفتح و الجعل الاسم بالضم والمصدر بالفتح يقال جعلت كذا جعلا (بالفتح) و جعلا (بالضم) و هو الاجرة على الشيء فعلا او قولا الخ و في فتح القدير و الجعل (بالضم) مايجعل للانسان على شيء يفعله و كذا الجعيلة (بالفتح) و يقال الجعالة ضبط جيمها بالكسر في الصحاح و في غيره من غريب الحديث للقتبي و ديوان الادب للفارابي بالفتح فيكون فيه وجهان (٣) فان قيل الخ و في العناية لايقال كلمة علي للشرط فيكون العتق معلقا بشرط اداء الالف كما لو قال ان اديت الى الفا لا لما قيل انها انما تكون للشرط اذا دخلت فيما يكون على خطر الوجود و ذالك في الافعال دون الاعيان لان بعض الصور المذكورة دخلت فيه على الافعال بل لما قيل لان الكلام فيما اذا كان مراده التنجيز بعوض لا التعليق فكان الصارف عن الشرطية دلالة الحال انتهى.

و ماشرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافي، و هو قيام الرق على ما عرف، و اطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد و العرض و الحيوان، و ان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال، فشابه النكاح و الطلاق و الصلح عن دم العمد، و كذا الطعام و المكيل و الموزون اذا كان معلوم الجنس و لاتضره(١) جهالة الوصف، لانها يسيرة

فيكون العتق معلقاً بشرط اداء الالف كما لو قال ان اديت الي الفا قيل انما يكون على للشرط اذا دخلت فيما يكون على خطر الوجود و ذلك في الافعال دون الاعيان لان بعض الصور المذكورة دخلت فيه على الافعال (و ما شرط دين عليه) اي الذي شرط على العبد دين عليه (حتى تصح الكفالة به) لانه يسعى، و هو حر بخلاف بدل الكتابة، حيث لاتصح به الكفالة (لانه) اي لان بدل الكتابة (ثبت مع المنافي و هو قيام الرق) و كان ثبوته على خلاف القياس، فالقياس ينفي ان يستوجب المولى الدين على عبده فلما ثبت بخلاف القياس ضرورة حصول الحرية للمكاتب، و حصول المال للمولى اقتصر على موضع الضرورة و لم يعد الى الكفالة على ما عرف في كتاب المكاتب، و هو ان المولى لايستوجب على عبده ديناً (و اطلاق لفظ المال) يعني في قوله - و من اعتق عبده على مال - (ينتظم انواعه) اي انواع المال (من النقد و العرض و الحيوان، و ان كان بغير عينه) يعني و ان كان الحيوان غير معينة بان يكون دينا في الذمة. و لكن اراد به النوع بان قال فرس او حمار (لانه) اي لان الاعتاق على مال (معاوضة المال بغير المال) و هو الحرية (فشابه النكاح و الطلاق و الصلح عن دم العمد) وجه المشابهة من حيث ان الحيوان يثبت دينا في الذمة في هذه العقود، فكذا هنا، و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى و فيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى فانه اعتبره بالبيع و الاجارة، و قد مر الكلام في النكاح (و كذا الطعام) اي و كذا يجوز ان يكون الطعام عوضاً عن الاعتاق بان قال اعتقتك على مائة قفيز من الحنطة (و المكيل) بان قال اعتقتك على مائة كيل من الشعير و نحوه مما يكال (و الموزون) بان قال اعتقتك على مائة من من العسل و نحوه مما يوزن. (اذا كان معلوم الجنس) هذا قيد الكل (و لايضره جهالة الوصف) بان لم يذكر الجودة و الرداءة و الربيعية و الخريفية (لانها يسيرة) فكانت عفواً فيما كان عوضا عما ليس بمال كالمهر، فلم يمنع صحة التسمية. و في التحفة و لو اعتق على عرض في الذمة بعينه و هو ملك غيره فانه يعتق بان اجاز المالك المستحق عينه جاز و ان لم

---

(١) و لاتضره - ن - و لايضره.

قال و لو علق عتقه باداء المال صح و صار ماذونا، و ذلك مثل ان يقول ان اديت الى الف درهم فانت حر، و معنى قوله صح انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتباً لانه صريح في تعليق العتق بالاداء، و ان كان فيه

يجز يجب على العبد قيمة رقبته و كذلك لو اعتق على عرض(٢) بغير عينه معلوم الجنس جاز، و ان كان موصوفاً فعليه التسمية. و ان لم يكن موصوفاً فعليه الوسط من ذلك، فان جاء بالقيمة اجبر المولى على القبول كما في المهر، و لو اعتقه على مجهول الجنس بان قال انت حر على ثوب يعتق و يلزمه قيمة مثله، لان جهالة الجنس تمنع صحة البدل كما في المهر و لو اذى فاستحق من يد المولى ان كان بغير عينه في العقد فعلى العبد مثله، لانه لم يعجز عن الذي هو موجب العقد و ان كان معينا في العقد، و هو عرض او حيوان فانه يرجع على العبد بقيمة نفسه عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى يرجع بقيمة المستحق فعلى هذا الخلاف اذا باع نفس العبد منه بجارية ثم استحقت الجارية او هلكت قبل التسليم فعندهما يرجع بقيمة العبد، و عنده يرجع بقيمة الجارية. و في الكافي للحاكم فان اختلفا في المال فالقول قول العبد، بيانه ما قال في الشامل قال المولي اعتقتك على وصيف. و قال العبد على كر حنطة فالقول قول العبد مع يمينه، لان العبد لو انكر اصل المال كان القول قوله فكذلك وصفه و البينة للمولى، و قال في الشامل ايضا اختلفا في قدر المال فالقول للمولى و البينة للعبد، لان القول قوله في اصل العقد، و كذلك في صفته (قال و لو علق عتقه باداء المال صح) اي قال القدوري لو علق الرجل عتق عبده باداء المال صح العتق، فلايعتق قبل الاداء و لايحتاج فيه الى قبول العبد، و لايرتد برده و للمولى ان يبيعه قبل الاداء كما في التعليق بسائر الشروط (و صار) اي العبد (ماذونا) يسعى في التكسب لاداء المال (و ذلك) اي تعليقه باداء المال (مثل ان يقول ان اديت الى الف درهم فانت حر و معنى قوله) اي معنى قول القدوري (صح انه) اي ان العبد (يعتق عند الاداء) اي اداء المال المشروط (من غير ان يصير مكاتباً) يعني(١) لايثبت له احكام المكاتبين، حتى لو مات و ترك وفاء فالمال لمولاه، و لايؤدي عنه و لو مات المولى فالعبد رقيق يورث عنه مع ما في يده من اكسابه و لو كانت امة فولدت ثم ادت لم يعتق ولدها و لو حط المال او ابرأه المولي لم يعتق و لو كان مكاتباً لكان الحكم على عكس ما ذكره في الجميع (لانه) اي لان قول المولى ان اديت الى الف درهم فانت حر (صريح في تعليق العتق بالاداء و ان كان فيه

---

(١) على عرض الخ راجع لنحو هذه الفروع فتح القدير ص٣٠٦ ج٤ و البحر ص٢٧٨ ج٤ و الفتاوى الهندية ص٣١ ج٢. (٢) يعني الخ كذا في العناية ص٣٠٧ ج٤.

معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين ان شاء الله تعالى. و انما صار ماذونا لانه رغبه في الاكتساب بطلبه الاداء منه، و مراده التجارة دون التكدي فكان اذنا له دلالة، و ان احضر المال اجبره الحاكم على قبضه و عتق العبد، و معنى الاجبار فيه و في سائر الحقوق انه ينزل قابضاً بالتخلية. و قال زفر رحمه الله تعالى لايجبر على القبول و هو القياس، لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظاً و لهذا لايتوقف على قبول العبد، و لايحتمل الفسخ و لا جبر على مباشرة شروط الايمان، لانه لا

معنى المعاوضة في الانتهاء) اي عند اداء المال (على ما نبين ان شاء الله تعالى) اي بعد خطوط عند قوله و لنا انه تعليق نظرا الى اللفظ و معاوضة نظرا الى المقصود (و انما صار ماذونا لانه رغبه في الاكتساب بطلبه الاداء منه، و مراده التجارة) يعني من الترغيب في الاكتساب لانها هي المشروعة عند الاختيار (دون التكدي) لانه يذل المرء و يخسه و التكدي في الاصل لفظ فارسي و معناه السؤال من الناس و الدوران فيه (فكان) اي حثه على اداء المال (اذنا له دلالة) اي من حيث الدلالة لان مراده التجارة، و لايتمكن من ذلك الا بالاذن اما صريحا و اما دلالة (و ان احضر المال) اي و ان احضر العبد المال المشروط (اجبره الحاكم) اي المولى (على قبضه و عتق العبد) لانه قام بما شرط عليه (و معنى الاجبار فيه) اي في هذا الموضع (و في سائر الحقوق) كالثمن، و بدل الخلع و بدل الكتابة و ما اشبهها (انه) اي ان المولى (ينزل قابضاً بالتخلية) و هو رفع اليد و الموانع. و قال الكاكي شرطها ان لو يمد يده امكنه قبضه و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى و ليس المراد بالاجبار في القبض ما هو المفهوم منه عند الناس و هو ان يكره على القبض بالتزاحم بالضرب و الحبس (و قال زفر رحمه الله تعالى لايجبر على القبول، و هو القياس لانه تصرف يمين) و ليس المراد اليمين بالله و اليمين بغير الله هو الشرط و الجزاء (اذ هو) اي لانه (تعليق العتق بالشرط لفظاً) احتراز عن الكتابة (فانها ليست بتعليق لفظي فانه لو قال لعبده كاتبتك على كذا من المال صحت الكتابة، و ليس فيه تعليق لفظي لعدم الفاظ الشرط فيه (و لهذا) (١) اي و لاجل ذلك (لايتوقف على قبول العبد و لايحتمل الفسخ) و يمكن ان يبيعه قبل الاداء (و لا جبر على مباشرة شروط الايمان) هذا متصل بقوله - لانه تصرف يمين - (لانه لا

---

(١) و لهذا الخ و في العناية و قوله و لهذا لايتوقف على قبول العبد توضيح لكونه تصرف يمين و قوله و لاجبر على مباشرة شروط الايمان متصل بقوله لانه تصرف يمين و قوله لانه لا استحقاق تقريره لا جبر الا باستحقاق و لا استحقاق قبل وجود الشرط و لهذا يمكنه البيع قبل الاداء و قوله بخلاف الكتابة متصل بقوله اذ هو تعليق =>

استحقاق قبل وجود الشرط، بخلاف الكتابة لانها معاوضة و البدل فيها واجب. و لنا انه تعليق نظرا الى اللفظ، و معاوضة نظراً الى المقصود، لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية و المولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة، و لهذا كان عوضاً في الطلاق في مثل هذا اللفظ، حتى كان بائناً، فجعلناه تعليقاً في الابتداء عملاً باللفظ و دفعاً للضرر عن المولى حتى لايمتنع عليه بيعه و لايكون العبد احق بمكاسبه و لايسري الى الولد المولود قبل الاداء، و جعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعاً للضرر عن العبد، حتى يجبر المولى على القبول

استحقاق قبل وجود الشرط) فصار كالتعليق بدخول الدار (بخلاف الكتابة) حيث يجبر فيها (لانها) اي لان الكتابة (معاوضة و البدل فيها واجب) فلذلك يجبر (و لنا انه) اي ان قول الرجل ان اديت الي الفا فانت حر (تعليق نظرا الى اللفظ) لان فيه حرف الشرط (و معاوضة نظرا الى المقصود) اي مقصود المولى، و هو حصول المال، و مقصود العبد و هو حصول الحرية. و اوضح ذلك بقوله (لانه) اي لان المولى (ما علق عتقه بالاداء) اي باداء المال (الا ليحثه) اي ليحرضه (على دفع المال فينال العبد شرف الحرية و المولى) اي و ينال المولى (المال بمقابلته) اي بمقابلة العتق (بمنزلة الكتابة) فانها معاوضة في الاصل، و معنى الشرط تابع، و لهذا اذا مات المولى لاتنفسخ الكتابة (و لهذا) اي و لاجل كون المال بمقابلة العتق معاوضة نظرا الى المقصود (كان) اي المال (عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ) نحو ما اذا قال ان اديت الي الفا فانت طالق (حتى كان) اي الطلاق (بائنا) اذا طلقها بهذه الصفة لوقوعه على عوض (فجعلناه) اي فجعلنا قول المولى ان اديت الي الفا فانت حر (تعليقا في الابتداء) اي في اول الامر (عملاً باللفظ) و هو كونه بحرف الشرط (دفعاً للضرر عن المولى) اي لاجل دفع الضرر عن المولى (حتى لايمتنع عليه بيعه و لايكون العبد احق بمكاسبه و لايسري الى الولد المولود قبل الاداء) اي قبل اداء المال بان قال لامته ان اديت الي الفا فانت حرة. ثم ولدت ثم ادت المال لم يعتق الولد معها (و جعلناه) اي القول المذكور (معاوضة في الانتهاء) اي في انتهاء الامر (عند الاداء) اي اداء المال (دفعاً للضرر عن العبد) فانه ما تحمل المشقة في اكتساب المال الا لينال شرف الحرية (حتى يجبر المولى على القبول) اي قبول المال. و لو اجبر المولى لايتضرر به لاخذ العوض و قد رضي بالعتق بادائه

=> العتق بالشرط لفظا و قوله لانه اي لان عقد الكتابة معاوضة و البدل فيها واجب فكان الجبر بعد الاستحقاق انتهى.

فعلى هذا يدور الفقه و يخرج(١) المسائل، نظيره الهبة بشرط العوض،

حيث علقه فان قيل(٢) لايمكن جعله معاوضة اصلاً لان البدل و المبدل كلاهما عند الاداء ملك المولى، لانه قبل الاداء عبد و هو و ما في يده لمولاه. اجيب بانه لما ثبت عند الاداء معنى الكتابة ثبت شرط صحته اقتضاء، و هو ان يصير العبد احق بالمؤدى، فيثبت بهذا سابقا على الاداء متى وجد الاداء و صار كما اذا كاتب عبده على نفسه و ماله و كان اكتسب مالا قبل الكتابة، فانه يصير احق بذالك المال، حتى لو اذى ذلك عتق، ذكره صاحب النهاية ثم قال كذا في مبسوط شيخ الاسلام. و قال الاكمل(٣) و فيه نظر من وجهين. احدهما ان معنى ثبوت الكتابة هو المعارض فلابد من اثباته. و الثاني: ان حصول شرط صحة الشيء عبارة لايقتضي صحته فضلاً عن حصوله اقتضاء، و لعل الصواب في الجواب ان يقال لما صحت الكتابة و المعنى الذي ذكرتم قائم فيها و هي معاوضة ليس فيها معنى التعليق فلان يصح العتق على مال، و فيه معنى التعليق اولى، فيكون ملحقاً بالكتابة دلالة. و قال الاترازي فان قلت كيف يصح جعله معاوضة و العوض و المعوض للمولى جميعاً قلت هذه مغالطة، لان العوض هنا هو العتق، و هو يحصل للعبد لا للمولى فان قلت يرد عليكم الاحكام منها اذا قال ان اديت الى خمراً فانت حر، حيث لايجبر على القبول، و كذا اذا قال ان اديت الي ثوبا فانت حر، و منها اذا قال ان اديت الي الفا فحججت بها فانت حر لايجبر على القبول. و منها اذا باع العبد ثم اشتراه ثم جاء بالف لايجبر على القبول. قلت لايجري في الخمر لان المسلم ممنوع منه، لكن اذا اداها عتق. و اما الثوب فانه مجهول الجنس، و اما الحج فالتعليق فيه شيئان، الحج و المال و لهذا لايعتق بمجرد الاداء ما لم يوجد الحج، و ليس فيه معنى المعاوضة، فلايصح الجبر. و لو قال اذا اديت الي الفا احج بها يجبر على القبول و يعتق العبد وجد الحج اولا. لان الحج وقع صورة لا شرطاً و يصح البيع في المسالة الاخيرة و بطل معنى الكتابة، فلايجبر على القبول (فعلى هذا يدور الفقه) اي على اعتبار الشبهين يدور الفقه اي المسائل الفقهية. و قال الكاكي اي المعنى الفقهي (و يخرج المسائل)(٤) عطف على قوله يدور و هو صيغة المجهول (نظيره الهبة بشرط العوض)

---

(١) يخرج – ن – تخرج. (٢) فان قيل الخ كذا في العناية. (٣) الاكمل في العناية ص٣٠٨ ج٤. (٤) و يخرج المسائل الخ كذا في الشروح الثلاثة لاسيما في العناية و لفظه و تخرج المسائل المتعارضة يعني ان قوله ان اديت الى الف درهم فانت حر الحق في بعض الاحكام بمحض التعليق و هي ما ذكرنا من مسائل القياس من تمكنه من البيع وغيره و الحق في بعضها بالكتابة من جبر المولى على القبول لانه لما كان هذا اللفظ تعليقا نظرا الى اللفظ و معاوضة نظرا الى المقصود عملنا بالشبهين شبه التعليق في حالة الابتداء و شبه المعاوضة في حالة =>

و لو ادى البعض يجبر على القبول، الا انه لايعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط، كما اذا حط البعض و ادى الباقي.

جعلناها هبة ابتداء حتى لايفيد الملك قبل القبض، و لايجري تسليمه، و يفيد الشيوع فيما يحتمل القسمة و لايستحق فيها الشفعة و يردها بالعيب، و يترتب عليها احكام البيع بعد القبض حتى لايتمكن البائع من الرجوع (و لو ادى البعض يجبر على القبول) لانه حر(١) من جهة، ففي عوض عند الاداء فصار للبعض حكم الاعواض نصاً لبعض بدل الكتابة و بعض اليمين. و في شرح الطحاوي و لو اتي العبد بخمسمائة فالقياس ان لايجبر، لان لايعتق بقبوله هذا و هو قول ابي يوسف رحمه الله تعالى و في الاستحسان يجبر على القبول كما في المكاتب (الا انه لايعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط) و هو اداء الكل (كما اذا حط البعض) يعني اذا حط المولى بعض الالف فيما اذا قال له ان اديت الي الفا فانت حر (و ادى الباقي) اي باقي

=> الانتهاء كما في الهبة بشرط العوض فانها هبة ابتداء حتى لم تجز في المشاع و اشترط القبض في المجلس و بيع انتهاء حتى لم يتمكن الواهب من الرجوع و جرت الشفعة في العقار و يرد بالعيب انتهى. (١) لانه حر الخ كذا في سائر نسخ البناية التي عندنا مخطوطة كانت او مطبوعة هندية كانت او باكستانية او مطبوعة ببيروت و لكني لم احصله و الاغلب ان في العبارة تصحيفا لعل الله يحدث بعد ذالك امرا و لفظ العناية ههنا و لو ادى البعض يجبر على القبول لان الذي اتى به بعض تلك الجملة فاذا ثبت الاجبار على قبول الكل ثبت في البعض كما في الكتابة و هذه رواية الزيادات و قيل هو استحسان و ما ذكر في مبسوط شيخ الاسلام انه لايجبر على قبول البعض لان معنى الكتابة عندنا يثبت من انه عتق بما اداه الى المولى و انما يعتق باداء الجميع فما لم يوجد اداء جميع المال لايثبت معنى الكتابة هو القياس الا انه باداء البعض لايعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض و ادى البعض الباقي لان الشرط وجود الجميع فاذا لم يوجد بعضه كان كما اذا لم يوجد كله الخ و لفظ فتح القدير و لو ادى البعض يجبر على القبول الا انه لايعتق لان شرط العتق اداء الكل و لم يوجد كما لو حط عنه البعض و ادى الباقي فانه لايعتق كما ذكرنا في المسائل لعدم الشرط و انما يجبر على قبوله لانه بعض ما يجب عليه قبوله فكما يجب قبول الكل يجب قبول بعضه و لا خفاء في ورود منع هذه الملازمة و ذالك لان وجوب قبول الكل لان به يتحقق شرط العتق الذي هو حق العبد و ليس اداء البعض كذالك الا اذا كان في ضمن الكل فانه يجب قبوله بانه محقق للكل لا باعتبار انه بعضه فلذا كان في هذه المسالة خلاف و ما ذكره المصنف هو المذكور في الايضاح و ذكر شيخ الاسلام انه لايجب قبوله كما ذكرنا و ذكر في شرح الطحاوي ان عدم وجوب قبوله قول ابي يوسف و انه القياس و الاستحسان هو ان يجبر على القبول كالمكاتب و الاوجه و هو وجه الاستحسان ان وجوب قبوله البعض لدفع الضرر عن العبد لانه قد يعجز عن اداء الكل دفعة و ما تحمل مشتقة الاكتساب الا لذالك الغرض فلو وقفناه على تحصيل الكل ذهب تحمله كد سعيه خاليا عن غرضه الخ.

ثم لو ادى الفاً اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه و عتق لاستحقاقها. و لو كان اكتسبها بعده لم يرجع المولى عليه، لانه ماذون من جهته بالاداء منه، ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على المجلس، لانه تخيير، و في قوله اذا اديت لايقتصر لان اذا تستعمل للوقت بمنزلة متى، و من قال لعبده انت حر بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت، فصار كما اذا قال انت حر غداً بالف درهم بخلاف ما اذ قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال، لان ايجاب التدبير في الحال الا انه لايجب المال لقيام الرق،

الالف لايعتق لعدم الشرط، لان الشرط اداء الالف و لم يوجد كما اذا ادى الدنانير مكان الدراهم، و قد فسر الحاكم في الكافي على هذا الحكم (ثم لو ادى الفا اكتسبها) العبد (قبل التعليق رجع المولى عليه) بالف اخرى مثلها (و عتق لاستحقاقها) اي لاستحقاق المولى الالف كانه كان يستحقها لان العبد و ما في يده لمولاه (و لو كان اكتسبها بعده) اي و لو كان العبد اكتسب تلك الالف بعد التعليق (لم يرجع المولى عليه، لانه ماذون من جهته بالاداء منه) اي لان العبد ماذون من جهة المولى بالاكتساب و الاداء منه، لكنه ياخذ الباقي، لان مال الماذون في التجارة للمولى، بخلاف المكاتب، كذا في الشامل وغيره (ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على المجلس، لانه تخيير) يعني للعبد بين الاداء و الامتناع، و هذا هو ظاهر الرواية. و روى بشر عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه لايقتصر (و في قوله اذا اديت) يعني اذا اديت الي الفا فانت حر لايقتصر، لان اذا تستعمل للوقت بمنزلة متى) و الوقت يعم فلايقتصر على المجلس، كما في قوله متى اديت الي الفا فانت حر لايقتصر على المجلس (و من قال لعبده انت حر بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت) اي قبل العبد بعد موت المولى (لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت) فيكون نزول ايجاب المعتق بعد الموت و القبول يكون عند نزول الايجاب (فصار كما اذا قال انت حر غداً بالف درهم) يكون القبول غداً لانه وقت نزول الايجاب، فاذا قبل بعد الموت هل يعتق ام لا، قال في شرح الطحاوي لم يعتق بالقبول حتى يعتقه الورثة او الوصي، لان الاصل ان كان عتق فاخر وقوعه بعد الموت و لو ساعة لايعتق الا بالاعتاق، الاترى انه لو قال لعبده و انت حر بعد موتي بشهر لايعتق حتى يعتقه الورثة بعد شهر (بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال، لان ايجاب التدبير في الحال الا انه لايجب المال لقيام الرق) لان المولى لايستوجب على عبده ديناً صحيحاً، هذا قول ابي يوسف على ما ذكره صاحب

قالوا لايعتق في مسألة الكتاب، و ان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث، لان الميت ليس باهل للاعتاق و هذا صحيح. قال و من اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد عتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى قيمة خدمته اربع سنين،

الاجناس عن نوادر بشر بن الوليد اذا قال انت مدبر على الف درهم، قال ابوحنيفة رحمه الله تعالى(١) ليس القبول الساعة، و له ان يبيعه فاذا مات المولى و هو في ملكه و قال قبلت اداء الف عتق. و قال ابويوسف رحمه الله تعالى ان لم يقبل حين قال له ذلك فليس له ان يقبل بعد ذلك، و ان قبل كان مدبراً و عليه الالف اذا مات السيد (قالوا) اي قال المتاخرون من مشايخنا (لا يعتق في مسالة الكتاب) اي في مسالة الجامع الصغير و هي قوله انت حر بعد موتي على الف درهم (و ان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث) قال التمرتاشي او الوصي فان امتنعوا فالقاضي (لان الميت ليس باهل للاعتاق و هذا صحيح) اي قول المشايخ صحيح انه لايعتق ما لم يعتقه الورثة، بناء(٢) على انه ايجاب مضاف الى ما بعد الموت و اهلية الوجوب شرط عند الايجاب، و قد عدمت بالموت، بخلاف التدبير، فانه ايجاب في الحال و الاهلية ثابتة، و الموت شرط، و الاهلية ليست بشرط عنده كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر فوجد الشرط و هو مجنون. و قال الاترازي و لنا فيه نظر قدمناه، و هو قوله فيما تقدم. فان قبل بعد الموت ينبغي(٣) ان يعتق لكلام صدر من الاهل مضافاً الى المحل و ان كان الميت ليس باهل للاعتاق. الاترى ان الايجاب نزل معتبراً بعد الموت حكماً لكلام صدر من الاهل و ان كان في ذلك الوقت ليس باهل للايجاب، و لهذا يترتب القبول عليه، و ايضا ان القول لايعتبر حال الحياة. و اذا لم يعتق بالقبول بعد الوفاة الا باعتاق واحد منهم اي من الورثة او الوصي لايكون معتبرا بعد الوفاة ايضا، فلايبقى فائدة لقوله فالقبول بعد الموت (قال و من اعتق عبده) اي قال محمد في الجامع الصغير و من اعتق عبده (على خدمته اربع سنين فقبل العبد عتق ثم مات) اي المولى او العبد كما بين في آخر المسالة (من ساعته) اي ساعة البدل(٤) (فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى عليه قيمة خدمته اربع سنين) هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة الآخر، و قوله الاول كقول محمد، كذا ذكره الفقيه ابوالليث

---

(١) قال ابوحنيفة الخ كذا في الفتح. (٢) بناء الخ كذا في العناية. (٣) ينبغي الخ كذا في فتح القدير ص٣١٣ ج٤. (٤) ساعة البدل لعل الصواب ساعة القبول.

اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضاً فيتعلق العتق بالقبول. و قد وجد و لزمته(١)

في شرح الجامع الصغير. و قول زفر و الشافعي كقول محمد رحمهم الله تعالى و خدمة البيت المعروف بين الناس، كذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي و شرح المسالة ما قال في شرح الطحاوي لو قال لعبده انت حر على ان تخدمني اربع سنين، فان مات المولى قبل الخدمة بطلت الخدمة، لان شرط الخدمة للمولى، و قد مات المولى، فعند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى عليه قيمة نفسه، و عند محمد رحمه الله تعالى عليه قيمة خدمة اربع سنين. و لو كان خدم سنة ثم مات فعلى قولهما عليه ثلاثة ارباع قيمة نفسه، و على قول محمد عليه خدمة ثلاث سنين، و كذا لو مات العبد و ترك مالا يقضي من ماله قيمة نفسه عندهما. و عند محمد رحمه الله تعالى يقضي بقيمة الخدمة. و قال في الشامل فان مات المولى فلورثته قيمة نفسه الا قدر قيمة ما خدم عندهما، و عند محمد رحمه الله تعالى قيمة ما بقي، و كذلك ان مات العبد اخذ من تركته، اما العتق للتفصيل. لانه ذكر اولاً سنين العتق و وجوب القيمة، لكن هي قيمة النفس عندهما. و عند محمد قيمة الخدمة فقال بعد ذلك (اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضاً) عن العتق، (فيتعلق العتق بالقبول) اي بقبوله في المجلس قبل التسليم كما في البيع و الخدمة لان المولى جعل الاعتاق على الخدمة، فكان معاوضة و قضية المعاوضة ثبوت الحكم بمجرد القبول قبل التسليم كما في البيع. و قال الاترازي بعد قوله - اما العتق - للتفصيل كما ذكرنا، لكن بقي المصنف ان يقول و اما وجوب قيمة النفس عندهما فلاجل كذا، و اما وجوب قيمة الخدمة عند محمد رحمه الله تعالى فلاجل كذا فلم يعرفه ما هو حق الكلام انتهى. قلت الذي نفى عليه من الكلام علم مما ذكره في اثناء الكلام، فاقتصر على ذكره(٢) (و قد وجد) اي القبول (و لزمه

(١) لزمته - ن - لزمه. (٢) فاقتصر على ذكره و في العناية ص٣١٤ ج٤ و لم يذكر وجه كل واحد من القولين و لاباس بذكر ذالك. وجه قول محمد ان الخدمة بدل ما ليس بمال و هو العتق و لاقيمة للعتق و قد حصل العجز عن تسليم الخدمة بموته فوجب تسليم خدمتها و وجه قولهما ان الخدمة بدل مال لانها بدل نفس العبد لكن البدل لما تعذر تسليمه وجب تسليم المبدل و هو العبد لكن لايمكن تسليمه لان العتق لايقبل الفسخ فوجب تسليم قيمته لامكان ذلك. هذا في المبنى و اما المبنى عليه فوجه قول محمد ان هذا بدل ما ليس بمال و هو العتق لان بيع العبد من نفسه اعتاق و قد عجز عن ايفاء البدل و ليس للمبدل و هو العتق قيمة فيجب قيمة البدل و وجه قولهما ان الجارية بدل نفس العبد بالعتق فيجب تسليم قيمته كما اذا تبايعا عبدا بجارية ثم مات العبد فتفاسخا العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد انتهى باختصارما.

خدمة اربع سنين، لانه يصلح عوضاً فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم مات العبد فالخلافية فيه بناء على خلافية اخرى و هي ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما، و بقيمة الجارية عنده و هي معروفة. و وجه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك و الاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد، و كذا بموت المولى فصار نظيرها. و من قال لآخر اعتق امتك على الف درهم علي على أن تزوجنيها

خدمة) اي و لزم العبد خدمة المولى (اربع سنين، لانه يصلح عوضاً) اي لان الخدمة(١) على تاويل المذكور انما يصح عوضاً، لان المنفعة اخلت حكم المالية بالعقد، و لهذا صلح مهراً (فصار) اي الاعتاق على الخدمة اذا مات العبد بعد القبول (كما اذا اعتقه على الف درهم ثم مات العبد) بعد القبول لان الخدمة تصلح عوضاً عن الاعتاق كالالف فعتق في الصورتين بالقبول، ثم اذا مات العبد (فالخلافية فيه) اي المسالة الخلافية في الاعتاق على الخدمة في المدة المعلومة (بناء على خلافية اخرى و هي) اي صورة المسالة الاخرى (ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها) فقبل العبد و عتق (ثم استحقت الجارية او هلكت) قبل التسليم (يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما) اي عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى (و بقيمة الجارية) اي و يرجع بقيمة الجارية (عنده) اي عند محمد رحمه الله تعالى (و هي) اي مسالة بيع العبد منه بجارية اذا استحقت (معروفة) في طريقة الخلاف و هناك موضع و بيانها واحد عيانا (و وجه البناء) اي بناء تلك الخلافية على هذه الخلافية (انه) اي ان البيان (كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك و الاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد، و كذا بموت المولى فصار نظيرها) اي صار الاعتاق على الخدمة اذا مات العبد و المولى نظير الخلافية الاخرى في ان الواجب عند محمد قيمة القيمة، و عندهما الواجب قيمة العبد (و من قال لآخر اعتق امتك على الف درهم علي على ان تزوجنيها) و في بعض نسخ(٢) الجامع الصغير ذكر لفظ على قبل قوله على ان تزوجنيها، و في

---

(١) لان الخدمة الخ و في العناية لانه يصلح عوضا لحدوث حكم المالية بالعقد و لهذا صلحت صداقا مع ان الله تعالى شرع ابتغاء الابضاع بالاموال حيث قال تعالى و احل لكم ما وراء ذالكم ان تبتغوا باموالكم. (٢) و في بعض النسخ الخ كذا في فتح القدير و لفظه و في بعض النسخ زيادة لفظ على قبل على ان تزوجنيها و ليس في عامة النسخ و هي ادل منه على ايجاب المال على المتكلم و ان كان كذلك مع تركها ايضا و في العناية لم يذكر في بعض النسخ على اكتفاء بدلالة على على الوجوب و ذكر في بعضها للتاكيد.

ففعل فابت ان تتزوجه فالعتق جائز، و لاشيء على الآمر، لان من قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم علي ففعل لايلزمه شيء، و يقع العتق عن المامور، بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امراتك على الف درهم علي ففعل حيث يجب الالف على الآمر، لان اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جائز. و في العتاق لايجوز و قد قررناه من قبل. و لو قال اعتق امتك عني على الف درهم و المسئلة بحالها قسمت الالف على قيمتها و مهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر و ما اصاب المهر بطل عنه لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف، و اذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء، و بالبضع

البعض لم يذكر لفظ على اذ الوجوب مستفاد على الحالين، لكن ذكر على ادل على المراد (ففعل) اي المامور فعل ما قال الرجل (فابت) اي الامة (ان تتزوجه) اي ان تتزوج الآمر (فالعتق جائز و لاشيء على الآمر لان من قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم علي ففعل لايلزمه شيء، و يقع العتق عن المامور، بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امراتك على الف درهم علي ففعل، حيث يجب الالف على الآمر لان اشتراط البدل) في الخلع على المراة مشروع من غير ان يسلم لها شيء لان الخلع اسقاط محض، فلما جاز على المراة من غير سلامة شيء لها جاز (على الاجنبي في الطلاق جائز، و في العتاق لايجوز) كذلك بخلاف الاعتاق، فان فيه معنى الاثبات و ان كان هو ازالة الملك لانه يحصل للعبد قوة حكمية(١) لم تكن ثابتة قبل الاعتاق فكان في معنى المعاوضة و اشتراط العوض لايجوز على غير من سلم له المعوض، فالـ[illegible]ـب على الاجنبي بناء لانه لم يسلم له شيء بهذا الضمان و ذكر شمس الائمة بان المراة لاتجبر على [illegible]ويج نفسها منه بعد العتاق لانها صارت مالكة امر نفسها بمنزلة من اعتق امته على ان تزوج نفسها فقبلت ثم ابت بعد الاعتاق لاتجبر على ذلك (وقد قررناه من قبل) اي في باب الخلع في مسئلة خلع الاب ابنته الصغيرة على وجه الاشارة بان بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى (و لو قال اعتق امتك عني على الف درهم و المسالة بحالها) اي قال على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه (قسمت الالف على قيمتها و مهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر، و ما اصاب مهر المثل بطل عنه) اي عن الآمر (لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء) كانه قال بع امتك مني ثم اعتقها (على ما عرف) اي في اصول الفقه (و اذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء) اي من حيث الشراء (و بالبضع)

---

(١) قوة حكمية - و هي ملك البيع و الشراء و الاجارة و التزويج و التزوج و غير ذلك من الشهادات و القضاء و لايجب العوض الا على من حصل له المعوض - فتح القدير.

نكاحاً فانقسم عليهما، و وجبت حصة ما سلم له و هو الرقبة، و بطل عنه ما لم يسلم و هو البضع فلو زوجت نفسها منه لم يذكره و جوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول: و هي للمولى في الوجه الثاني: و ما اصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين.

باب التدبير

اي و قابله بالبضع (نكاحاً) اي من حيث النكاح (فانقسم عليهما) اي على الرقبة و البضع (و وجبت حصة ما سلم له و هو الرقبة) لانها سلمت له حيث وقع العتق منه (و بطل عنه ما لم يسلم، و هو البضع) حيث لم تزوجه (فلو زوجت نفسها منه لم يذكره) يعني في الجامع الصغير (و جوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول) و هو ما اذا لم يقل عني، و كذا سقط في الوجه الاول القيمة، لعدم وجوب الضمان (و هي للمولى في الوجه الثاني) اي حصة القيمة للمولى في الوجه الثاني، و هو ما اذا قال عني (و ما اصاب مهر مثلها كان مهراً لها في الوجهين) اي فيما اذا قال عني او لم يقل و قال التمرتاشي فان تزوجت فلها مهر مثلها، و لايكون قيمتها مهراً لانه ليس بمال. و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه جعل العتق مهراً لانه عليه الصلوة و السلام اعتق صفية رضي الله تعالى عنها(١) و نكحها، و جعل عتقها مهرها قلنا انه عليه الصلوة و السلام مخصوص بالنكاح بغير مهر، فان ابت فعليه قيمتها، لان الشرط فات و كذا لو اعتقت عبداً ان تزوجها، فان فعل فلها مهرها، و ان ابى فعليه قيمته.

(باب التدبير)

اي هذا باب في بيان حكم التدبير. و لما فرغ(٢) من الاعتاق المطلق عن قيد شرع في الاعتاق المقيد و هو التدبير اذ المركب بمنزلة المقيد و المفرد بمنزلة المطلق و المركب(٣) بعد المفرد لامحالة. و قال الاترازي لما فرغ من العتق الواقع في حالة الحياة شرع في العتق الواقع بعد الموت لان الموت يتلو الحياة، و التدبير في اللغة هو النظر في عاقبة الامر، و كان المولى لما نظر في عاقبة امره

---

(١) اعتق صفية رضي الله تعالى عنها رواه البخاري كتاب النكاح باب من جعل عتق الامة صداقها ص٧٦١ ج٢ و مسلم كتاب النكاح باب فضيلة اعتاقه امته ثم يتزوجها ص٤٥٩ ج١. (٢) و لما فرغ الخ كذا في الفتح و العناية. (٣) و المركب الخ و في الفتح لما فرغ من بيان العتق الواقع في حال الحياة شرع في بيان العتق الواقع بعد الموت و وجه الترتيب ظاهر و هذا احسن مما قيل فيه انه مقيد و المقيد مركب و هو بعد المفرد لان مسائل باب الحلف بالعتق كله كذالك فانها تقييد للعتق بشرط غير الموت كما ان التدبير تقييده بشرط الموت و لم يؤخرها الى ههنا انتهى.

اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبراً، لان هذه الالفاظ صريح في التدبير، فانه اثبات العتق عن دبر، ثم لايجوز بيعه و لا هبته و لا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة. و قال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز لانه تعليق العتق بالشرط، فلايمتنع به البيع و الهبة، كما في سائر التعليقات،

اخرج عبده الى الحرية بعده و في الشرع هو العتق الواقع عن دبر من الانسان (اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حر، او انت حر عن دبر مني، او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبراً، لان هذه الالفاظ صريح في التدبير، فانه اثبات العتق عن دبر) في الايضاح(١) و التحفة و الينابيع الفاظه ثلاثة انواع. احدها: الصريح كقولك دبرتك و انت مدبر، و انت حر عن دبر مني و كذلك حررتك او اعتقتك او انت محرر او عتيق او معتق بعد موتي يصير مدبراً. و الثاني: بلفظ اليمين مثل قوله ان مت او ان حدث لي حادث، و المراد بالحادث الموت عادة فانت حر، و كذا اذا قال انت حر مع موتي او في موتي، و روى هشام عن محمد رحمهما الله تعالى في قوله انت مدبر بعد موتي يصير مدبراً للحال، و كذا لو قال اعتقتك بعد موتي او حررتك. و الثالث: بلفظ الوصية بان قال اوصيت لك برقبتك او بنفسك فالكل سواء و كذا لو قال اوصيت لك بثلث مالي فتدخل رقبته فيه، لان رقبته من جملة ماله فكان يوصي له بثلث رقبته (ثم لايجوز بيعه) اي بيع المدبر (و لا هبته و لا اخراجه من ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة) حيث لايجوز بيع المكاتب و بقولنا(٢) قال عامة العلماء و السلف من الحجازيين و الشاميين و الكوفيين، و هو مروي عن عمر و عثمان و ابن مسعود و زيد بن ثابت رضي الله عنهم و به قال شريح و قتادة و الثوري و الاوزاعي، و هو مذهب مالك رحمه الله تعالى في الموطا (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز) اي بيعه و به قال احمد و داود رحمهما الله تعالى و كذا هبته و صدقته وغيرها و لايباع في الدين عند الجمهور، و عند مالك يباع في الدين حال حياة سيده و بعد موته (لانه) اي لان التدبير (تعليق العتق بالشرط، فلايمنع به البيع و الهبة كما في سائر التعليقات) قبل وجود

---

(١) في الايضاح الخ و كذا في الفتح ص٣١٧ ج٤. (٢) و بقولنا قال عامة العلماء الخ راجع لتحقيق هذه المسئلة اوجز المسالك بيع المدبر ص٥٧ ج٤ و عمدة القاري كتاب البيوع باب بيع المدبر ص٤٩ ج١٢ و كتاب العتق باب بيع المدبر ص٩٤ ج١٣ و فتح الباري كتاب البيوع باب بيع المدبر ص٥٢٩ ج٤ و اعلاء السنن باب التدبير ص٣١ ج١١ و المغني و الشرح الكبير ص٣١٦ ج١٢ و فتح القدير ص٣١٩ ج٤ و الجوهر النقي على البيهقي ص٣٠٩ ج٨ و قد اطال الكلام شيخ الحديث رحمه الله تعالى في الاوجز فاجاد و افاد.

و كما في المدبر المقيد و لان التدبير وصية و هي غير مانعة من ذلك. و لنا قوله عليه الصلوة و السلام المدبر لايباع و لايوهب و لايورث و هو حر من الثلث،

الشرط، فكذا في هذا التعليق (و كما في المدبر المقيد) فانه يجوز بالاتفاق (و لان التدبير وصية) بعتق بدليل انه يعتبر من الثلث (و هي غير مانعة من ذلك) اذ الوصية غير مانعة من البيع و الهبة، و غيرهما، لان الوصايا ليست بلازمة، و لهذا يجوز الرجوع عنها صريحاً و دلالة، فكذا هذه الوصية (و لنا قوله عليه الصلوة و السلام) اي قول النبي صلى الله عليه وسلم (المدبر لايباع و لايوهب و لايورث و هو حر من الثلث) هذا الحديث اخرجه الدارقطني(١) بنقص(٢) و

---

(١) الدارقطني في اواخر كتاب المكاتب ص١٣٨ ج٤ و راجع للمبحث الحديثي نصب الراية باب التدبير ص٢٨٤ ج٣ و فتح القدير و الاعلاء. (٢) بنقص و لايورث اي لفظة و لايورث ليست في رواية الدارقطني قال شيخ الحديث رحمه الله تعالى في اوجز المسالك شرح المؤطا مالك ص٥٧٠ الى ص٥٧٢ ج٤ بيع المدبر قال ابن رشد في احكام المدبر اشهر مسئلة فيها هل للمدبر ان يبيع المدبر ام لا فقال مالك و ابوحنيفة و جماعة من اهل الكوفة ليس للسيد ان يبيع مدبره و قال الشافعي و احمد و اهل الظاهر و ابوثور له ان يرجع فيبيع مدبره و قال الاوزاعي لايباع الا من رجل يريد عتقه و اختلف ابوحنيفة و مالك في هذه المسالة و هو اذا بيع فاعتقه المشتري فقال مالك ينفذ العتق و قال ابوحنيفة و الكوفيون يفسخ البيع سواء اعتقه المشتري او لم يعتقه و هو اقيس الخ و في الشرح الكبير اختلفت الرواية عن احمد في بيع المدبر فنقل عنه جماعة جواز بيعه مطلقا في الدين وغيره مع الحاجة و عدمها قال شيخنا هذا هو الصحيح و روى مثل هذا عن عائشة و عمر بن العزيز و طاؤس و مجاهد و هو قول الشافعي و كره بيعه ابن عمر و سعيد بن المسيب و الشعبي و النخعي و ابن سيرين و الزهري و الاوزاعي و الحسن بن صالح و الثوري و الرواية الثانية عن احمد انه لايباع الا في الدين و هو ظاهر كلام الخرقي و قال مالك لايباع الا في دين يغلب رقبة العبد فاذا كان العبد يساوى الفا و كان الدين عليه خمسمائة لم يبع و روى عن احمد انه قال اري بيع المدبر في الدين و اذا كان فقيرا لايملك شيئا رأيت ان ابيعه لان النبي صلى الله عليه وسلم باع المدبر لما علم ان صاحبه لايملك شيئا غيره باعه النبي صلى الله عليه وسلم لما علم من حاجته و هذا قول اسحق و ابي ايوب و ابي خيثمة و قالا ان باعه من غير حاجة اجزناه و عن احمد رواية رابعة ان المدبرة لاتباع خاصة قال الموفق لانعلم هذا التفريق بين المدبر والمدبرة عن غير امامنا و انما احتاط في رواية المنع لان فيه اباحة فرجها و تسليط مشتريها على فرجها مع الخلاف في بيعها و حلها فكره الاقدام على ذالك مع الاختلاف فيه و الظاهر ان هذا المنع منه كان على سبيل الورع لا على التحريم فانه قال لايعجبني بيعها و الصحيح جواز بيعها فان عائشة رضي الله تعالى عنها باعت مدبرة لها سحرتها فان باعه ثم عاد اليه عاد التدبير كما لو قال انت حر ان دخلت الدار فباعه ثم اشتراه و ذكر القاضي ان هذا مبني على ان التدبير تعليق بصفة و فيه رواية اخرى انه وصية فيبطل بالبيع و لايعود لانه لو وصى بشيء ثم باعه بطلت الوصية و لم تعد بشرائه و هذا مذهب الشافعي الا ان عود =>

لايورث من رواية عبيدة بن حسان عن ايوب عن نافع عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهم قال قال

=> الصفة بعد الشراء له فيه قولان و اختلفت الرواية عن احمد في بطلان التدبير بالقول مثل ان يقول قد رجعت في تدبيري او قد ابطلته و الصحيح انه لايبطل و الثانية انه يبطل و هذا قول الشافعي القديم و قوله الجديد كالرواية الاولى و هو الصحيح لانه تعليق للعتق بصفة و لايصح القول بانه وصية به بنفسه لانه لايملك نفسه و انما تحصل فيه الحرية و يسقط عنه الرق و لذا لاتقف الحرية على قبوله و لا اختياره و تتنجز عقيب الموت كتنجزها عقيب سائر الشروط الخ مختصرا بزيادة من المغني و في البدائع و روى عن عمر و عثمان و زيد بن ثابت و عبدالله بن مسعود و عبدالله بن عباس و عبدالله بن عمر رضي الله تعالى عنهم مثل مذهبنا و هو قول الجماعة من التابعين مثل شريح و مسروق و سعيد بن المسيب و القاسم و ابي جعفر محمد بن علي و ابن سيرين و عمر بن عبد العزيز و الشعبي و الحسن البصري و الزهري و سعيد بن جبير و سالم بن عبدالله و طاؤس و مجاهد و قتادة حتى قال ابوحنيفة لو لا قول هؤلاء الاجلة لقلت بجواز بيع المدبر لما دل عليه من النظر الخ و قال الزرقاني تبعا لغيره و به قال جمهور العلماء و السلف من الحجازيين و الشاميين و الكوفيين لحديث ابن عمر رفعه المدبر لايباع الحديث ضعفه الدارقطني و ابن عبدالبر وغيرهما و قالوا الصحيح انه موقوف على ابن عمر لكنه اعتضد باجماع اهل المدينة عليه الخ و قال الباجي لايجوز للسيد بيع المدبر و لا هبته لان حكم التدبير قد لزمه فيه فليس له ابطاله بقول و لا فعل و قال ابوحنيفة ما كان منه مطلقا فليس له نقضه بقول و لا فعل على ما قلناه و ما كان مقيدا فله ابطاله و عندنا لايجوز له ابطال المقيد كما لايجوز ابطال المطلق و انما قال بعض اصحابنا لايجوز له ان يفسر المقيد فيقول لم ارد به التدبير فيكون له حينئذ حكم الوصية و الدليل على ما نقوله على تسليم احدى الروايتين ان هذا تدبير فوجب ان يكون لازما كالمطلق و قال الشافعي في احد قوليه له الرجوع عن التدبير المطلق و المقيد بالفعل دون القول و القول الثاني له الرجوع بالقول و الفعل الخ و قال الا بي الذي يرد التدبير بعد موت السيد الدين السابق على التدبير و اللاحق و اما في حيوته فانما يرده السابق و به جزم الدردير كما سياتي قريبا و قال الحافظ اختصاص الجواز بما اذا كان عليه دين هو مشهور مذهب احمد و الخلاف في مذهب مالك ايضا الخ و حكى العيني الاجماع على جواز بيع المدبر المقيد و هكذا حكى الاجماع صاحب البدائع وغيره و تقدم عن الباجي خلافه و لا اختلاف في ذلك فان اكثر صور التدبير المقيد تعدهم المالكية في الوصية قال الدردير التدبير تعليق مكلف رشيد العتق بموته لا على وصيته خرج منه ما علقه على وجه الوصية فانه عقد غير لازم يجوز الرجوع فيه بخلاف التدبير و مثل الوصية بقوله كان مت من مرضى هذا فانت او فعبدي حرا و ان مت من سفري هذا فانت حر او قال في صحته انت حر بعد موتي و لم يقيد بتدبير و لا غيره فوصية اما ان قال انت مدبر بعد موتي فتدبير قطعا الى آخر ما بسطه ثم قال و للسيد رهن رقبة المدبر ليباع للغرماء و لو في حيوة السيد ان سبق الدين على التدبير فان تاخر عنه فانما يجوز رهنه ليباع بعد موت السيد حيث لا مال له و لايجوز للسيد اخراجه بغير =>

رسول الله صلى الله عليه وسلم المدبر لايباع و لايوهب و هو حر من ثلث المال، قال الدارقطني لم

=> عتق كبيع و هبة و صدقة لان فيه ارقاقه بعد جريان شائبة الحرية فيه و فسخ بيعه ان وقع كهبته و صدقته ان لم يعتق فان اعتقه المشتري او الموهوب له قبل الفسخ مغنى و الولاء لمن اعتقه لا لمن دبره الخ و استدل من اجاز بيعه برواية جابر قال الموفق و لنا ما روى جابر ان رجلا اعتق مملوكا له عن دبر فاحتاج فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من يشتريه مني فباعه من نعيم بن عبدالله بثمانمائة درهم فدفعها اليه و قال انت احوج منه متفق عليه قال جابر عبد قبطي مات عام اول في امارة ابن الزبير و قال ابواسحق الجوزجاني صحت احاديث بيع المدبر باستقامة الطرق و الخبر اذا ثبت استغنى به من غيره من راي الناس و في المحلى و قال الشافعي و اهل الحديث التدبير عقد غير لازم و يجوز بيعه لحديث جابر انه باع النبي صلى الله عليه وسلم يعقوب المدبر الذي اعتقه سيده ابومذكور عن دبر و كان عليه دين و لم يكن له مال غيره من نعيم بن النحام بثمانمائة درهم و في رواية لابي داود بسبعمائة او تسعمائة على الشك فدفعها اليه و قال له كما في مسلم ابدأ بنفسك فتصدق عليها و للنسائي من طريق الاعمش عن ابن كهيل اعطاه و قال اقض دينك و قد اتفقت الروايات كلها على ان بيعه كان في حيوة الذي دبره الا ما رواه شريك عند الترمذي ان رجلا مات و ترك مدبرا الحديث و نقل عن شيخه النيسابوري ان شريكا اخطأ فيه والصحيح ما رواه غيره انه دفع ثمنه اليه الخ و قال ابن الهمام و لرواية جابر الفاظ كثيرة و روى ابوحنيفة بسنده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع المدبر و في موطا مالك بسنده الى عائشة رضي الله تعالى عنها انها باعت مدبرة سحرتها و رواه الحاكم و قال على شرط الشيخين و الجواب انه لاشك ان الحر كان يباع في ابتداء الاسلام على ما روى انه صلى الله عليه وسلم باع رجلا يقال له سرق في دينه ثم نسخ ذلك بقوله تعالى و ان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكره في الناسخ و المنسوخ فلم يكن فيه دلالة على جواز بيعه الان بعد النسخ ثم راينا انه صح عن ابن عمر لايباع المدبر و لايوهب و هو حر من ثلث المال و قد رفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن ضعف الدارقطني رفعه و صحح وقفه فعلى تقدير الرفع لا اشكال و على تقدير الوقف فقول الصحابي حينئذ لايعارضه النص البتة لانه واقعة حال لا عموم لها و انما يعارضه لو قال صلى الله عليه وسلم يباع المدبر فان قلنا بوجوب تقليده فظاهر و على عدم تقليده يجب ان يحمل على السماع لان منع بيعه على خلاف القياس فان بيعه مستصحب برقه فمنعه مع عدم زوال الرق و عدم الاختلاط بجزء المولى كما في ام الولد خلاف القياس فيحمل على السماع فبطل ما قيل حديث ابن عمر رضي الله عنهما لايصلح لمعارضة حديث جابر و ايضا ثبت عن ابي جعفر انه ذكر عنده ان عطاء و طاؤسا يقولان عن جابر في الذي اعتقه مولاه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عتقه عن دبر فامره ان يبيعه فيقضي دينه الحديث فقال ابوجعفر شهدت الحديث عن جابر انما اذن في بيع خدمته رواه الدارقطني و قال ابوجعفر هذا و ان كان من الثقات الاثبات لكن حديثه هذا مرسل و قال ابن القطان هو مرسل صحيح لانه من رواية عبد الملك العزرمي و هو ثقة عن ابي جعفر الخ و قال =>

يسنده غير عبيدة بن حسان و هو ضعيف، و انما هو عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه من قوله و

=> العيني حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنه احتج به الطحاوي و الكرخي و الرازي و هم اساطين في الحديث و قال ابو الوليد الباجي ان عمر رضي الله تعالى عنه رد بيع المدبرة في ملأ خير القرون و هم حضور متوافرون و هو اجماع منهم ان بيع المدبر لايجوز و الجواب عن حديث جابر من وجوه الاول قاله ابن بطال لا حجة فيه لان في الحديث ان سيده كان عليه دين فثبت ان بيعه كان لذلك الثاني انها قضية عين يحتمل التاويل و تاوله بعض المالكية على انه لم يكن له مال غيره فرد تصرفه الثالث يحتمل انه باع منفعته بان آجره و الاجارة تسمى بيعا بلغة اهل اليمن لان فيها بيع المنفعة و يؤيده ما ذكره ابن حزم فقال و روى عن ابي جعفر محمد بن على عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا انه باع خدمة المدبر و قال ابن سيرين لاباس ببيع خدمة المدبر و كذا قاله ابن المسيب و ذكر ابو الوليد عن جابر انه عليه السلام باع خدمة المدبر الرابع ان سيد المدبر الذي باعه النبي صلى الله عليه وسلم كان سفيها فلذا تولى النبي صلى الله عليه وسلم بيعه بنفسه و بيع المدبر عند من يجوزه لايفتقر فيه الى بيع الامام الخامس يحتمل انه باعه في وقت كان يباع الحر المديون كما روى انه عليه السلام باع حرا بدينه ثم نسخ بقوله عز اسمه و ان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة الخ و قال الباجي ليس فيما ادعوه من حديث جابر حجة لانه يحتمل ان يكون عليه دين قبل التدبير فباعه لاداء ذلك الدين و هذا عندنا جائز و بين وجه هذا التاويل انه قال في الحديث ليس له مال غيره و على اصلهم لاتاثير لقوله ليس له مال غيره في الحكم لانه لافرق عندهم بين ان يكون له مال غيره اولا يكون و يبين هذا انه صلى الله عليه وسلم هو باثر البيع و امر به على وجه الحكم عليه و لو لم يكن ثم دين يباع من اجله لم يكن ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم و انما يبيعه عندهم باختياره و قد قال نحو هذا ابن السحنون و قد روى هذا الحديث بهذه الزيادة الشيخ ابواسحق عن ابي عبد الرحمن النسوي اعتق رجل من الانصار غلاما له عن دبر و كان محتاجا و كان عليه دين فباعه رسول الله صلى الله عليه وسلم و هذا يقوى ما قدمنا من التاويل الخ و في البدائع اما حديث عطاء فيحتمل انه كان تدبيرا مقيداً و قوله باع حكاية فعل لا عموم له و يحتمل ان يكون معنى قوله باع اي آجر اذ الاجارة تسمى بيعا بلغة اهل المدينة و هكذا روى محمد باسناده ان النبي صلى الله عليه وسلم باع خدمة مدبر و لم يبع رقبته و يحتمل انه كان في ابتداء الاسلام حين كان بيع الحر مشروعاً ثم صار منسوخا بنسخ بيع الحر لثبوت حق الحرية في المدبر الحاقا للحق بالحقيقة في باب الحرمات الخ و في المحلى اجابو عن حديث جابر بانه واقعة عين لا عموم له فيحمل على بعض الصور و هو اختصاص الجواز بما اذا كان عليه دين و هو مشهور مذهب احمد و تاوله بعض المالكية على انه لم يكن له مال غيره فرد تصرفه قال و كذلك يرد تصرف من تصدق بكل ماله و قال الحنفية هو محمول على مدبر مقيد او محمول على بيع الخدمة دون الرقبة بدليل ما روى الدارقطني عن عبدالغفار عن ابي جعفر قال ذكر عنده ان عطاء و طاوسا يقولان الحديث قال الدارقطني و ابوجعفر هذا و ان كان من الثقات الا ان حديثه هذا مرسل فان قيل =>

قال الاترازي و لنا ما ذكر محمد في الاصل حديث ابي جعفر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع خدمة المدبر و لم يبع رقبته، يعني آجر المدبر و روى اصحابنا في المبسوط وغيره عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه المدبر لايباع و لايوهب و هو حر من ثلث المال. و قال الاترازي ايضا وجه قول الشافعي رحمه الله تعالى ما روى جابر رضي الله تعالى عنه في صحيح البخاري(١) ان رجلا من الانصار دبر مملوكا له و لم يكن له مال غيره فبلغ النبي صلى الله عليه وسلم فقال من يشتريه مني فاشتراه نعيم بن النحام بثماني مائة درهم فسمعت جابر بن عبدالله يقول عبدا قبطيا مات عام اول و في بعض الروايات بسبع او تسعمائة. و قال في جامع الترمذي(٢) كان عبداً قبطياً مات في امارة ابن الزبير فلو لم يجز بيع المدبر لما باعه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال الاترازي و ما رواه الشافعي رحمه الله تعالى يحمل على المدبر المقيد او على ابتداء الاسلام حين كان يباع الحر او على بيع الخدمة لا الرقبة توفيقاً بين حديثنا و حديثه، و كان من قبل الشافعي قد اجمعوا على عدم جواز بيعه مع ابي حنيفة و سفيان و مالك و الاوزاعي ثم لما نشا الشافعي رحمه الله تعالى بعدهم جوزه فصار هذا منه خرقاً للاجماع فلايجوز. انتهى كلامه قلت في كلامه نظر في موضعين، الاول: قوله توفيقاً بين حديثنا و حديثه، و كيف يوفق بينهما و حديثه صحيح و حديثنا لم يبلغ الى الصحة. و الثاني: ان قوله فصار هذا منه خرقاً للاجماع غير مسلم، لان الشافعي لم ينفرد، و هو مذهب جابر و عطاء، و وافقه احمد و اسحاق و داود (و

=> عبد الغفار رمي بالكذب و كان من غلاة الشيعة اجيب بان ابن القطان قال في كتابه انه مرسل صحيح لانه من رواية عبد الملك بن سليمان العزرمي و هو ثقة عن ابي جعفر قال ابن الهمام و قد صرح ابوجعفر و هو محمد الباقر بانه شهد حديث جابر و انه انما اذن في بيع منافعه و لايمكن شهادة ذلك الامام الا بعلمه ذلك من جابر راوى الحديث الخ. (١) البخاري كتاب الايمان و النذرو باب عتق المدبر و ام الولد الخ ص٩٩٤ ج٢ و مسلم كتاب الايمان باب جواز بيع المدبر ص٥٤ ج٢. (٢) الجامع الترمذي كتاب البيوع ص..... ج١ و كذا في المسلم ص٥٤ ج٢ و التفصيل في نصب الراية ص٢٨٥ ج٣ و في نصب الراية ص٢٨٦ ج٣ و اعلاء السنن ص٣١١ ج١١ و لنا عن ذالك (اي عن خديث جابر المذكور في الصحيحين) جوابان احدهما انا نحمله على المقيد و المدبر المقيد عندنا يجوز بيعه الا ان يثبتوا انه كان مدبرا مطلقا و هم لايقدرون على ذالك و كونه لم يكن له مال غيره ليس علة في جواز بيعه لان المذهب فيه ان العبد يسعى في قيمته الخ (ثم قال الزيلعي) الجواب الثاني انا نحمله على بيع الخدمة و النفقة لا بيع الرقبة ثم ذكر اثر جابر مرسلا و موصولا عند الدارقطني قال ابوجعفر (و هو محمد الباقر الامام بن علي زين العابدين) شهدت الحديث من جابر انما اذن في خدمته رواه الدارقطني و لفظ ابن عدى و انما اذن النبي صلى الله عليه وسلم في بيع خدمته.

و لانه سبب الحرية، لان الحرية تثبت بعد الموت، و لا سبب غيره ثم جعله سبباً في الحال اولى لوجوده في الحال و عدمه بعد الموت، و لان ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف، فلايمكن تاخير السببية الى زمان بطلان الاهلية، بخلاف سائر التعليقات

لانه) اي و لان التدبير (سبب الحرية، لان الحرية تثبت بعد الموت) بالاجماع (و لاسبب غيره ثم جعله سببا في الحال اولى لوجوده في الحال و عدمه بعد الموت) لكون كلامه عرضاً لايبقى فتعين ان يكون سبباً في الحال، و لايقال انه موجود حكماً بعد موته و ان كان معدوماً كما جعل كالموجود في بعض الاحكام، لانا نقول الشيء انما يصير موجوداً حكماً اذا امكن وجوده حقيقة، و لا امكان لوجوده حقيقة بعد الموت لاستحالة وجود الفعل من الميت. و قال الاترازي و ما قاله صاحب الهداية قبل(١) باب عتق احد العبدين بقوله - و في المدبر ينعقد السبب بعد الموت - فذاك منه تناقض لامحالة. و قال الاكمل(٢) يحمل ما ذكر هناك على غير الاولى، فيندفع التناقض، او يكون قد اطلع على رواية عن اصحابنا انه يجوز، و ان يكون سبباً بعد الموت، او اختار جوازه بالاجتهاد (و لان ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف، فلايمكن تاخير السببية الى زمان بطلان الاهلية) فلايتصور انعقاد السبب من غير الاهل (بخلاف سائر التعليقات) هذا جواب(٣) عما يقال في التدبير تعليق و ليس في التعليق شيء من السبب ثابتاً في الحال، و انما يكون عند وجود الشرط فما بال التدبير يخالف سائر التعليقات. فاجاب بقوله - بخلاف سائر التعليقات - قال الكاكي هو متعلق بقوله حال بطلان اهلية التصرف، و اهلية التصرف باقية في سائر التعليقات عند وجود الشرط. اما هاهنا لاتبقى اهلية التصرف بعد موته، فلو لم يجعل سبباً في الحال بقي كلامه من كل وجه فان قيل(٤) وجود اهلية المعلق حال وجود الشرط ليس بشرط، لما مر انه لو علق الطلاق او العتاق ثم جن ثم وجد الشرط و هو مجنون يقعان، فكان التدبير بمنزلة سائر التعليقات، قلنا الاهلية فيما نحن فيه تبطل من كل وجه. و في المجنون من وجه، فانه اهل للملك و زواله قد يكون اهلا لايقاع الطلاق و العتاق، الاترى ان الولي لو زوجه امرأة يصح

---

(١) قبل - اي قبل سطرين. (٢) الاكمل في العناية ص٣٢٠ ج٤ و لفظه و اعترض على المصنف بان هذا الكلام مناقض لما ذكر في آخر باب العبد يعتق بعضه حيث قال و في المدبر ينعقد السبب بعد الموت و اقول قوله ثم جعله سببا في الحال اولى يدل على ان جعله سببا في الحال و ان كان المذهب عند اصحابنا ليس بمتعين فيحتمل ما ذكره هناك على غير الاولي فيندفع التناقض و يكون قد اطلع على رواية من اصحابنا انه يجوز ان يكون سببا بعد الموت او اختار جوازه باجتهاده و جعل ما ذهب اليه اولى انتهى. (٣) جواب الخ كذا في العناية. (٤) فان قيل الخ كذا في العناية ص٣٢٠ ج٤.

لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمين و اليمين مانع و المنع هو المقصود و انه يضاد وقوع الطلاق و العتاق و امكن تاخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا و لانه وصية و الوصية خلافة في الحال كالوراثة و ابطال السبب لايجوز و في البيع و ما يضاهيه ذلك قال و

النكاح، و لو باشر هو بنفسه اسباب حرمة المصاهرة، و لو ارتد و لحقا بدار الحرب يثبت الحرمة بينه و بين منكوحته، و في الموت تبطل الاهلية من كل وجه، الا ترى ان نفس التعليق يبطل بالموت و لايبطل بالجنون، فعلى هذا لايلزم من عدم اشتراط مثل هذا الاهلية (لان المانع من السببية قائم) يعني موجود (قبل الشرط) لانه انعقد تصرفا آخر في الحال (لانه يمين) يعني لانه يصير يميناً (و اليمين مانع) من مباشرة الشروط و المانع من الشرط مانع من الحكم، و المانع من الحكم لايكون سبب المحكم (و المنع هو المقصود) اي المنع عن تحقيق الشرط هو المقصود (و انه) اي و ان المنع (يضاد وقوع الطلاق و العتاق) اي المانع لوقوعهما يضاد وقوعها، فيكون التعليق سببا في الحال (و امكن(١) تاخير السببية) فيه (الى زمان الشرط) اي الى زمان وقوع الشرط (لقيام الاهلية عنده فافترقا) اي فافترق التدبير المطلق و سائر التعليقات (و لانه) اي و لان التدبير وصية هذا فرق آخر بين التدبير و سائر التعليقات (و الوصية خلافة في الحال) لان الموصي يجعل الموصى له، خلفا في بعض ماله بعد الموت كالوراثة، فانها سبب خلافة في الحال. و اعترض(٢) بانه لو كان وصية ليبطل اذا قتل المدبر سيده، لان الوصية للقاتل لاتجوز و لجاز البيع، لان الوصي يجوز له بيع الموصى به، و يكون رجوعاً عن الوصية، و ليس الامر كذلك، و الجواب عنهما جميعاً ان ذلك في وصيته و لم تكن على وجه التعليق، لانها الوصية المطلقة و التدبير ليس كذلك. و وجه اختصاص ذلك ان بطلان الوصية بالقتل و جواز البيع و كونه رجوعاً انما يصح في موصى به يقبل الفسخ و البطلان و التدبير لكونه اعتاقاً لايقبل ذلك. (و ابطال السبب) تتمة(٣) الدليل متصل بقوله و لانه سبب الحرية (و في البيع و ما يضاهيه) اي و ما يشابهه مثل الهبة و الصدقة (ذلك) اشارة الى ابطال التدبير، فلايجوز (قال) اي القدوري (و

---

(١) و امكن الخ و في العناية و امكن تاخير السببية الخ فرق آخر بين التدبير و سائر التعليقات و وجهه ان التدبير لايمكن فيه تاخير السببية الى ما بعد الموت لما ذكرنا من انتفاء اهلية الايجاب حينئذ و اما سائر التعليقات فتاخير السببية فيه الى زمان الشرط ممكن لقيام الاهلية عنده فافترقا. (٢) و اعترض الخ كذا في العناية. (٣) تتمة الدليل و في العناية تتمة الدليل متصل بقوله و لانه سبب الحرية و ما بينهما لاثبات هذه القضية و تركيب المقدمتين هكذا التدبير سبب الحرية و سبب الحرية لايجوز ابطاله و في البيع و مايشابهه من =>

للمولى ان يستخدمه و يؤاجره و ان كانت امة وطئها و له ان يزوجها لان الملك فيه ثابت له و به يستفاد ولاية هذه التصرفات فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا، و لان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه، و ان كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية و لايمكن نقض العتق فيجب رد قيمته، و ولد المدبرة مدبر،

للمولى ان يستخدمه و يؤاجره) لان التدبير المطلق لايرسل(١) الملك في الحال (و ان كانت امة وطئها و له ان يزوجها لان الملك فيه ثابت له) اي للمولى (و به) اي و بالملك (يستفاد ولاية هذه التصرفات) اشارة الى الاستخدام و الاجارة، و الوطء و التزويج (فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله) و قال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه و مسروق و مجاهد و سعيد بن جبير يعتق من رأس المال، و به قال زفر و الليث بن سعد رحمهم الله تعالى (لما روينا) اشارة الى حديث(٢) ابن عمر رضي الله تعالى عنهما (و لان التدبير وصية، لانه تبرع مضاف الى وقت الموت و الحكم) و هو العتق (غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره) اي غير المدبر (يسعى في ثلثيه و ان كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية و لا يمكن نقض العتق) يعني فسخه، (فيجب رد قيمته) التي سميت له (و ولد المدبرة مدبر) هذا لفظ القدوري في مختصره و عامة النسخ بالتذكير قال الاترازي و ليس بصحيح(٣) لان ولد العبد المدبر لايخلو اما ان كان من امة او حرة، فان كان من امة يكون رقيقاً لمولاه، و لايكون مدبراً كابنه، و ان كان من حرة يكون حراً بخلاف ما اذا كان ولد من امة مدبرة، فانه يكون مدبراً إتباعاً لامه، لان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد، و لهذا شرح في الشامل بالتانيث و قال و ولد المدبرة بمنزلتها لما روي عن عثمان(٤) و زيد بن ثابت و ابن عمر رضي الله تعالى عنهم ان ولد المدبرة مدبر، و كذلك في فتاوى الولوالجي، حيث قال و ولد المدبرة بمنزلتها

=> الهبة و الصدقة و الامهار ذالك اي ابطال سبب الحرية فلايجوز. (١) لايرسل الخ و في العناية التدبير لايثبت الحرية في الحال و انما يثبت استحقاق الحرية فكان الملك فيه ثابتا. (٢) حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنه و هو حر من الثلث رواه الدارقطني و اورده المصنف في اول الباب. (٣) ليس بصحيح و في العناية قوله و ولد المدبرة مدبر، هذه هي النسخة الصحيحة و وقع في بعض النسخ و ولد المدبر مدبر و ليس بصحيح لان ولد المدبر اما ان يكون من امة او غيرها فالاول رقيق لمولاها و الثاني يتبع الام في التدبير و الكتابة وغيرهما دون الاب و اما ولد المدبرة فهو مدبر نقل علي ذالك اجماع الصحابة رضي الله عنهم انتهى. (٤) عن عثمان الخ راجع لهذه الآثار سنن البيهقي باب ما جاء في ولد المدبرة الخ ص٣١٥ ج١٠.

و على ذلك نقل اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم و ان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرض كذا فليس بمدبر، و يجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفة، بخلاف المدبر المطلق، لانه تعلق عتقه بمطلق الموت، و هو كائن لا محالة، فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما

كولد الحرة، و هذا مذهبنا. و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايدخل الولد في تدبيرها (و على ذلك) اي كون ولد المدبرة مدبراً (نقل اجماع الصحابة(١) رضي الله تعالى عنهم) لانه روي انه خوصم الى عثمان رضي الله تعالى عنه في اولاد مدبرة فقضى ان ما ولدته قبل التدبير عبد، و ما ولدته بعد التدبير مدبر، و قال ذلك بمحضر من الصحابة من غير خلاف (و ان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرض كذا فليس بمدبر، و يجوز بيعه، لان السبب لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفة) لانه ربما يرجع من تلك السفر، و يبرأ من ذلك المرض (بخلاف المدبر المطلق، لانه تعلق عتقه بمطلق الموت) و هو كائن لامحالة و تحقيق(٢) هذا ان المعلق به اذا كان على خطر الوجود كان بمعنى اليمين، و قد عرفت ان صفة كونه يمينا يمنع من السببية، و اما اذا كان امراً كائنا لامحالة لم يكن في معنى اليمين، فكان سبباً فان قيل اذا لم ينعقد السبب في الحال ففي اي وقت ينعقد فان انعقد بعد الموت فليس بحال اهلية الايجاب، و ان انعقد قبله فكيف يجوز معه، فالجواب انه موقوف (فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما

---

(١) اجماع الصحابة الخ و في فتح القدير ص٣٢٢ ج٤ قال المصنف و على هذا اجماع الصحابة يعني الاجماع السكوتي فانه روى عن عمر و ابن عمر و عثمان و زيد بن ثابت و جابر و ابن مسعود رضي الله تعالى عنهم و لم يرو عن غيرهم خلاف انتهى و في اعلاء السنن باب ان اولاد المدبرة مدبر ص٣١٥ ج١١ عن ابن عمر رضي الله عنه قال ولد المدبر بمنزلته رواه عبدالرزاق (باب اولاد المدبرة ص١٤٤ ج٩) و الحديث رواه الدارقطني بسند لامطعن في رجاله عن ابن عمر بلفظ ولد المدبرة يعتقون بعتقها و يرقون برقها رجاله رجال مسلم انتهى و في الجوهر النقي على البيهقي ص٣١٦ ج١٠ باب ولد المدبرة من غير سيدها. في نوادر الفقهاء لابن بنت نعيم اجمع الصحابة ان ما ولدت المدبرة في حال تدبيرها يعتقون بعتقها و يرقون برقها و انما جاء الاختلاف بعدهم و في الاستذكار روى ذالك عن عثمان و ابن مسعود و ابن عمر و جابر و لا اعلم لهم مخالفا من الصحابة رضي الله تعالى عنهم انتهى و راجع لآثار ابن عمر و عثمان و جابر و عطاء و طاؤس و مجاهد و سعيد بن جبير و الشعبي و سعيد بن المسيب و ابي سلمة بن عبدالرحمن و الزهري و النخعي سنن البيهقي ص٣١٥ ج١٠ و مفهومها ان ولد المدبرة بمنزلة امهم.
(٢) و تحقيق هذا الخ كذا في العناية.

يعتق المدبر معناه من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه، فلهذا يعتبر من الثلث و من المقيد ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين لما ذكرنا، بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة و مثله لايعيش اليه في الغالب، لانه كالكائن لا محالة.

باب الاستيلاد

اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لايجوز بيعها

يعتق المدبر معناه) اي معنى قول القدوري عتق (من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا) ايضاح لثبوت الحكم في آخر جزء من اجزاء حياته (يعتبر من الثلث و من المقيد) اي من جملة التدبير المقيد (ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين لما ذكرنا) اي التردد في الصفة (بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة و مثله لايعيش اليه) الى ذلك الوقت (في الغالب) يكون مدبراً (لانه كالكائن لامحالة) و هذا الذي(١) ذكره رواية الحسن عن ابي حنيفة في المنتقى، و به قال مالك. و ذكر الفقيه ابوالليث في النوازل ان رجلاً قال لعبده انت حر ان مت الى مائتي سنة قال ابويوسف هذا مدبر مقيد، و له ان يبيعه. و قال الحسن ين زياد لايجوز بيعه لانه علم انه لايعيش الى تلك المدة، فصار كانه قال ان مت فانت حر.

(باب الاستيلاد)

أي هذا باب في بيان حكم الاستيلاد، و هو طلب الولد لغة و ام الولد من الاسماء الغالبة على بعض من يقع عليه الاسم كالنجم للثريا، و في الشرع ام الولد مملوكة يثبت نسب ولدها من مالك لها او مالك لبعضها، و ذلك لان الاستيلاد اتباع ثابت النسب، فاذا ثبت النسب ثبت الاستيلاد و الا فلا، و لما فرغ من بيان التدبير شرع في بيان الاستيلاد عقيبه لمناسبة بينهما من حيث ان لكل واحد منهما حق الحرية لا حقيقتها. (اذا ولدت الامة من مولاها صارت ام ولد له لايجوز بيعها)(٢) خلافاً لبشر بن غياث و داود تابعه من الظاهرية، و احتجوا بما رواه ابوداود(٣) و

---

(١) و هذا الذي ذكره الخ كذا في العناية و الفتح. (٢) لايجوز بيعها خلافا الخ راجع لتحقيق هذه المسألة عمدة القاري كتاب العتق باب ام الولد ص٩٢ ج١٣ و فتح الباري باب ام الولد ص٢٠٥ ج٥ و اوجز المسالك عتق امهات الاولاد ص٤٨٤ ج٤ و اعلاء السنن باب الاستيلاد ص٣١٦ ج١١ و المغنى لابن قدامة احكام امهات الاولاد ص٤٩٢ ج١٢. (٣) ابوداود كتاب العتق باب في عتق امهات الاولاد ص١٩٥ ج٢ و النسائي في الكبرى كتاب العتق باب في ام الولد ص١٩٩ ج٣ و ابن ماجة ابواب العتق باب امهات الاولاد ص١٨٣ و راجع للبحث الحديثي نصب الراية باب الاستيلاد ص٢٨٧ ج٣ و فتح القدير ص٣٢٦ ج٤.

النسائي و ابن ماجة من حديث جابر بن عبدالله رضي الله عنه انه قال بعنا امهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم و ابي بكر رضي الله عنه، فلما كان عمر رضي الله تعالى عنه نهانا فانتهينا. و ذكر ابن حزم في المحلى ان بيعها مروي عن ابي بكر الصديق و علي و ابن مسعود و ابن الزبير و زيد بن ثابت رضي الله تعالي عنهم و عن عمر رضي الله عنه انها ان عتقت و اسلمت عتقت، و ان كفرت و فجرت رقت، و روي مثله عن عمر بن عبدالعزيز. و اجاب اصحابنا ان عمر رضي الله تعالى عنه لما نهى عن ذلك اجمعوا عليه. و احتجوا ايضا بما روي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما رجل ولدت امة منه فهي معتقة عن دبر منه، رواه احمد(١) و ابن ماجة، و هو حديث(٢) مشهور تلقته الائمة بالقبول قال عليه الصلوة و السلام في مارية القبطية ام ابراهيم حين قيل له الا تعتقها، قال عليه الصلوة و السلام اعتقها ولدها، رواه ابن ماجة(٣) و الدارقطن. و قال الخطابي و قد ثبت انه عليه الصلوة و السلام قال انا معاشر الانبياء لانورث(٤) ما تركناه صدقة، فلو كانت مارية

---

(١) احمد في مسنده ص...... ج١ و ابن ماجة ص١٨٣ و رواه الحاكم في المستدرك في البيوع ص١٩ ج٢ و قال صحيح الاسناد و نصب الراية ص٢٨٧ ج٣. (٢) و هو حديث مشهور الخ كذا في فتح القدير ص٣٢٦ ج٣. (٣) ابن ماجة ص١٨٣ و الدارقطني كتاب المكاتب ص١٣١ ج٤ و التفصيل في نصب الراية ص٢٨٧ ج٣ و راجع للاحاديث و الآثار الكثيرة التي تدل على منع بيع امهات الاولاد نصب الراية ص٢٨٧ ج٣ و ما بعده و فتح القدير ص٣٢٦ ج٤ و مابعده. (٤) لانورث الخ البخاري عن عائشة رضي الله عنها باب فرض الخمس ص٤٣٥ ج١ و كتاب النفقات ص٨٠٦ ج٢ و كتاب الفرائض ص٩٩٥ ج٢ و كتاب الاعتصام باب ما يكره من التعمق ص١٠٨٥ ج٢ و باب فضائل اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ص...... ج١ و كتاب المغازي ص..... ج٢ و مسلم كتاب الجهاد باب حكم الفئ ص٩١ و ص٩٢ ج٢ و ابوداود كتاب الامارة باب في صفايا رسول الله صلى الله عليه وسلم ص٥٦ ج٢ و الترمذي ابواب السير باب تركة النبي صلي الله عليه وسلم ص١٩٤ ج١ و النسائي في الكبرى كتاب الخمس ص٤٦ ج٣ و المؤطا للامام مالك و المسند للامام احمد. (فائدة) حديث جابر رضي الله تعالى عنه المذكور بعنا امهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم و ابي بكر فلما كان عمر نهانا فانتهينا قال صاحب اعلاء السنن ص٣١٨ ج١١ يحتمل ان يكون بيع الامهات كان مباحا ثم نهى عنه صلى الله عليه وسلم في آخر حياته و لم يشتهر ذالك النهي فلما بلغ عمر نهاهم (تلخيص الجير ملخصا) ثم قال صاحب العلاء قلت و قضيته في ذالك كقضية المتعة و الاكسال فان النبي صلى الله عليه وسلم حرم المتعة آخرا و اوجب الغسل بالتقاء الختانين و لم يشتهر ذالك فكان بعض الصحابة يستمتع و لايغتسل من الاكسال فلما بلغ عمر نهاهم. قال المحقق ابن الهمام رحمه الله تعالى في فتح القدير ص٣٢٦ ج٤ و مابعده و هذا كله مذهب جمهور =>

و لا تمليكها ، لقوله عليه الصلوة و السلام

مالاً بيعت و صار ثمنها صدقة (و لاتمليكها ، لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلى

=> الصحابة و التابعين و الفقهاء الا من لايعتد به كبشر المريسي و بعض الظاهرية فقالوا يجوز بيعها و احتجوا بحديث جابر قال بعنا امهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم و أبى بكر فلما كان عمر نهانا عنه فانتهينا رواه ابوداود و قال الحاكم على شرط مسلم و اخرج النسائي عن زيد العمى الى ابي سعيد الخدري كنا نبيعهن في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صححه الحاكم و اعله العقيلي بزيد العمى و قال النسائي زيد العمى ليس بالقوي و نقل هذا المذهب عن الصديق و على و ابن عباس و ابن مسعود و زيد بن ثابت و ابن الزبير رضي الله عنهم لكن عن ابن مسعود بسند صحيح و ابن عباس تعتق من نصيب ولدها ذكره ابن قدامة فهذا يصرح برجوعهما على تقدير صحة الرواية الاولى عنهما و استدل بعضهم للجمهور بما في حديث ابي داود من طريق محمد بن اسحق عن خطاب بن صالح عن امه عن سلامة بنت مغفل امرأة من خارجة قيس عيلان و ذكر البيهقي انه احسن شيء روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا قالت قدم بي عمي في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو اخى ابي اليسر بن عمرو فولدت له عبدالرحمن بن الحباب ثم هلك فقالت امراته الآن و الله تباعين في دينه فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يارسول الله اني امرأة من خارجة قيس عيلان قدم بي عمى المدينة في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو أخي ابي اليسر بن عمرو فولدت له عبدالرحمن فمات فقالت لي امرأته الآن و الله تباعين في دينه فقال عليه الصلوة و السلام من ولى الحباب قيل اخوه ابواليسر كعب بن عمرو فبعث اليه فقال اعتقوها فاذا سمعتم برقيق قدم على فاتوني اعوضكم قالت فاعتقوني و قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم رقيق فعوضهم مني غلاما و لايخفى أن هذا لايدل على انها تعتق بمجرد موته بل على انه سالهم ان يعتقوها و يعوضهم لما استرقت قلبه عليه الصلوة و السلام بل يفيد انها لاتعتق و الا لبين الحكم الشرعي في ذلك من انها عتقت و لم يامرهم بعتقها بعوض يقوم هو عليه الصلوة و السلام به لهم نعم يحتمل ان يراد باعتقوها خلوا سبيلها كما فسره البيهقي و ان العوض من باب الفضل منه عليه افضل الصلوة و السلام لكن هذا احتمال غير الظاهر و العبرة للظاهر فلايصار الى هذا الا بدليل من خارجة يوجبه و يعينه فمن ذلك ما ذكر المصنف عنه صلى الله عليه وسلم انه قال يعني في مارية القبطية رضي الله عنها اعتقها ولدها و هو حديث رواه ابن ماجة عن ابن عباس قال ذكرت ام ابراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اعتقها ولدها و طريقه معلول بابي بكر بن عبدالله بن ابي سبرة و حسين بن عبدالله بن عبيد الله بن عبدالله بن عباس و بسند ابن ماجة رواه ابن عدى في الكامل لكن اعله بابن ابي سبرة فقط فانه يرى ان حسينا ممن يكتب حديثه و اخرج ابن ماجه ايضا عن شريك عن حسين بن عبدالله عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما امة ولدت من سيدها فهى حرة بعد موته و رواه الحاكم في المستدرك و قال صحيح الاسناد و هذا توثيق لحسين بن عبدالله و رواه ابويعلى الموصلي في مسنده حدثنا زهير حدثنا اسمعيل بن ابي =>

اعتقها ولدها.

الله عليه وسلم (اعتقها ولدها) هذا قاله في مارية القبطية رضي الله تعالى عنها و قد مر الآن

=> اويس حدثنا ابي عن حسين بن عبدالله عن عكرمة عن ابن عباس عنه صلى الله عليه وسلم قال ايما أمة ولدت من سيدها فانها حرة اذا مات الا ان يعتقها قبل موته و رواه احمد عن ابن عباس عنه صلى الله عليه وسلم ايما رجل ولدت منه امته فهي معتقة عن دبر منه و الطرق كثيرة في هذا المعنى و لذا قال الاصحاب انه مشهور تلقته الامة بالقبول و اذ قد كثرت طرق هذا المعنى و تعددت و اشتهرت فلايضره وقوع راو ضعيف فيه مع انه ابن القطان قال في كتابه و قد روى باسناد جيد قال قاسم بن اصبغ في كتابه حدثنا محمد بن وضاح حدثنا مصعب بن سعد ابوخيثمة المصيصى حدثنا عبدالله بن عمر و هو الرقى عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس قال لما ولدت مارية القبطية ابراهيم قال صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها و من طريق ابن اصبغ رواه ابن عبد البرفي التمهيد و مما يدل على صحة حديث اعتقها ولدها ما قال الخطابي ثبت انه صلى الله عليه وسلم قال انا معاشر الانبياء لانورث ما تركنا صدقة فلو كانت مارية مالا بيعت و صار ثمنها صدقة و عنه عليه الصلوة و السلام انه نهى عن التفريق بين الاولاد و الامهات و في بيعهن تفريق و اذا ثبت قوله اعتقها الخ و هو متأخر الى الموت اجماعا وجب تاويله على مجاز الاول فيثبت في الحال بعض مواجب العتق من امتناع تمليكها و روى الدارقطني عن يونس بن محمد عن عبدالعزيز بن مسلم عن عبدالله بن دينار عن ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع امهات الاولاد فقال لايبعن و لايوهبن و لايورثن يستمتع بها سيدها ما دام حيا فاذا مات فهي حرة ثم اخرجه بسند فيه عبدالله بن جعفر عن عبدالله بن دينار و اعله ابن عدى بعبدالله بن جعفر بن نجيح المديني و اسند تضعيفه عن النسائي وغيره و لينه هو و قال يكتب حديثه ثم اخرجه عن احمد بن عبدالله العنبري حدثنا معتمر عن عبيد الله بن دينار عن ابن عمر موقوفا عليه و اخرجه ايضا عن فليح بن سليمان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن عمر موقوفا قال ابن القطان هذا حديث عن عبدالعزيز بن مسلم القسملي و هو ثقة عن عبدالله بن دينار عن ابن عمر و اختلف عنه فقال عنه يونس بن محمد و هو ثقة و هو الذي رفعه و قال عنه يحيى بن اسحق و فليح بن سليمان عن عمر لم يتجاوزوه و كلهم ثقات و هذا كله عند الدارقطني و عندى ان الذي اسنده خير ممن وقفه و اخرج مالك في الموطا عن نافع عن ابن عمر ان عمر بن الخطاب قال ايما وليدة ولدت من سيدها فانه لايبيعها و لايهبها و لايورثها و هو يستمتع منها فاذا مات فهي حرة و هكذا رواه سفيان الثوري و سليمان بن بلال وغيرهما عن عمر موقوفاً و اخرج الدارقطني من حديث عبدالرحمن الافريقي عن سعيد بن المسيب ان عمر اعتق امهات الاولاد و قال اعتقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم و الافريقي و ان كان غير حجة فقد تقدم ما يعضد رفعه مع ترجيح ابن القطان فثبت الرفع بما قلنا و لاشك في ثبوت وقفه على عمر و ذكر محمد في الاصل حديث سعيد بن المسيب قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق امهات الاولاد من غير الثلث و قال لايبعن في دين و عدم مخالفة احد لعمر حين افتى به و امر فانعقد اجماع الصحابة على عدم بيعهن فهذا يوجب احد الامرين اما ان ما كان من بيع امهات الاولاد في زمنه صلى الله عليه وسلم لم يكن بعلمه و ان كان مثل قول =>

اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه و هو حرمة البيع، و لان الجزئية قد حصلت بين الواطئ و الموطوءة بواسطة الولد، فان الماءين قد اختلطا بحيث لايمكن الميز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة، الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكماً لا

(اخبر عن اعتاقها) اي اخبر النبي صلي الله عليه وسلم عن اعتاق مارية (فيثبت بعض مواجبه و هو) اي بعض مواجب قوله عليه الصلوة و السلام (حرمة البيع) اي بيعها، لان الحديث(١) و ان دل على تنجيز الحرية، لكن عارضه ما روي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه، و هو المذكور آنفا(٢) فعملنا بهما جميعاً، و منعنا البيع بالحديث الاول، و التنجيز بالحديث الثاني لايقال محلية البيع معلومة فيها بيقين، فلاترتفع الا بيقين مثله، و خبر الواحد لايوجبه، لانا نقول الاحاديث الدالة على عتقها من المشاهير، و قد انضم اليها الاجماع اللاحق، فرجحناها (و لان الجزئية قد حصلت بين الواطئ و الموطوءة بواسطة الولد، فان الماءين قد اختلطا بحيث لايمكن الميز بينهما) اي بين المآئين (على ما عرف في حرمة المصاهرة) و هي تمنع بيعها و هبتها، لان بيع جزء الحر و هبته حرام (الا ان بعد الانفصال) جواب(٣) عما يقال لو كانت هذه الجزئية معتبرة لتنجز العتق، لان الجزئية توجبه و لستم قائلين به، فاجاب قوله بعد الانفصال (تبقى الجزئية حكماً لا

=> الراوي كنا نفعل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه الرفع لكن ظاهرا لا قطعا فاذا قام دليل في خصوص منه على عدمه وجب اعتباره و اما انه كان بعلمه و تقريره ثم نسخ و لم يظهر الناسخ لابي بكر رضي الله عنه لقصر مدته مع اشتغاله فيها بحروب مسيلمة و اهل الردة و مانعى الزكاة ثم ظهر بعده كما عن ابن عمر كنا نخابر اربعين سنة و لانرى بذلك باسا حتى اخبرنا رافع بن خديج انه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فتركناها و ايا ما كان وجب الحكم الآن بعدم جواز بيعهن هذا اذا قصرنا النظر على الوقوف فاما بملاحظة المرفوعات المتعاضدة فلا شك و مما يدل على ثبوت ذلك الاجماع ما اسنده عبدالرزاق انبأنا معمر عن ايوب عن ابن سيرين عن عبيدة السلماني قال سمعت عليا يقول اجتمع رأيي و رأى عمر في امهات الاولاد ان لايبعن ثم رأيت بعد ذلك ان يبعن فقلت له فرأيك و رأى عمر في الجماعة احب الى من رأيك وحدك في الفرقة فضحك على. و اعلم ان رجوع على رضي الله عنه يقتضى انه يرى اشتراط انقراض العصر في تقرر الاجماع و المرجح خلافه و سئل داود عن بيع ام الولد فقال يجوز لانا اتفقنا على جواز بيعها قبل ان تصير ام ولد فوجب ان يبقي كذلك اذ الاصل في كل ثابت دوامه و استمراره و كان ابوسعيد البردعي حاضرا فعارضه فقال قد زالت تلك الحالة بالاتفاق و امتنع بيعها لما حبلت بولد سيدها و الاصل في كل ثابت دوامه فانقطع داود. (١) لان الحديث الخ كذا في العناية ص٣٢٥ ج٤. (٢) المذكور آنفا - اي ما روى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل ولدت امته منه فهي معتقة عن دبر منه. (٣) جواب عما يقال الخ كذا في العناية.

حقيقة فضعف السبب، فاوجب حكماً مؤجلاً الى ما بعد الموت و بقاء الجزئية حكماً باعتبار النسب، و هو من جانب الرجال، فكذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن، حتى اذا ملكت الحرة زوجها و قد ولدت منه لايعتق بموتها و ثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال، فيمتنع(١) جواز البيع و اخراجها لا الى الحرية في الحال و يوجب عتقها بعد موته، و كذا اذا كان بعضها مملوكاً له، لان الاستيلاد لا يتجزأ، فانه فرع النسب فيعتبر باصله. قال و له وطؤها و استخدامها و اجارتها و تزويجها، لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة،

حقيقة فضعف السبب) اي سبب العتق و هو الجزئية بينهما (فاوجب حكماً مؤجلاً الى ما بعد الموت) و لم يثبت في الحال و لم يجز بيعها (و بقاء الجزئية حكماً) هذا جواب(٢) عما يقال لو كانت الجزية باقية حكماً لعتق من ملكته امراته التي ولدت منه بعد موتها، و ليس كذلك. فاجاب بقوله - و بقاء الجزئية حكماً - اي من حيث الحكم (باعتبار النسب و هو) اي النسب (من جانب الرجال) اي النسب الى الآباء لا الى الامهات (فكذا الحرية تثبت في حقهم) اي في حق الرجال (لا في حقهن) اي في حق الامهات. قوله - فكذا الحرية - صحت الرواية بالحاء لا بالجيم، و هذا نتيجة ما تقدم فلهذا ذكر بالفاء، يعني ان الحرية لما كانت باعتبار النسب انتج ان الحرية وقعت في حقهم (حتى اذا ملكت الحرة زوجها، و قد ولدت منه لا يعتق) اي الزوج (بموتها) اي بموت الحرة (و ثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال، فيمنع جواز البيع و اخراجها لا الى الحرية في الحال، و يوجب عتقها بعد موته و كذا اذا كان بعضها مملوكاً له) يعني اذا كانت الجارية مشتركة بين اثنين فاستولدها احدهما يكون كل الجارية ام ولد له (لان الاستيلاد لايتجزأ، فانه فرع النسب فيعتبر باصله) و هو النسب، فالنسب لايتجزأ، فكذلك فرعه و هو الاستيلاد فيما يمكن نقل الملك فيه، و هذا بخلاف(٣) ما قال في باب العبد(٤) يعتق بعضه بقوله و الاستيلاد عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه، لانه نصيب شريك انتقل فاقتصر الاستيلاد على نصيب المستولد. قال الاترازي و معنى قولنا الاستيلاد لايتجزأ فيما يمكن نقل الملك عنه، و المدبرة ليست بقابلة للنقل من ملك الى ملك فلايتناقض ما قال هاهنا (قال) اي القدوري (و له وطؤها) اي للمولى وطء ام ولده (و استخدامها و اجارتها و تزويجها، لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة) و له ان يزوجها قبل ان يستبرئها. فان قيل(٥) شغل الرحم

---

(١) فيمتنع - ن - فيمنع. (٢) هذا جواب الخ كذا في العناية. (٣) بخلاف الخ كذا في العناية و الفتح. (٤) في باب العبد يعتق اي في اوائله. (٥) فان قيل الخ كذا في العناية.

و لايثبت نسب ولدها الا ان يعترف به. و قال الشافعي رحمه الله تعالى يثبت نسبه منه و ان لم يدع

بمائه محتمل، و احتمال ذلك يمنع جواز النكاح، كما في المعتدة، اجيب بان محلية جواز النكاح كانت ثابتة قبل الوطء، و قد وقع الشك في زوالها، فلايرتفع به بخلاف النكاح، فان المنكوحة خرجت عن محلية نكاح الغير، فلاتعود اليها الا بعد الفراغ حقيقة و ذلك بعد العدة (و لايثبت نسب ولدها) اي ولد الامة(١) (الا ان يعترف به) اي بالولد(٢) و به قال الثوري و الشعبي و الحسن البصري و هو مروي عن زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه مع العزل (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يثبت نسبه منه، و ان لم يدع) و به قال(٣) مالك و احمد رحمهما الله تعالى فانه يثبت النسب منه اذا اقر بوطئها و ان عزل عنها الا ان يدعي انه استبرأها بعد الوطء بحيضة، و هو ضعيف لانهم زعموا انها بالوطء صارت فراشاً كالنكاح، و فيه يلزم الولد و ان استبرأها. و لو وطئها من دبرها يلزمه الولد عند مالك، و مثله عن احمد، و هو وجه للشافعية و ضعفوه. و روى الطحاوي(٤) باسناده عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه انه كان ياتي جارية فحملت منه. فقال ليس مني، اني اتيتها اتياناً لا اريد به الولد. و عن عمر(٥) رضي الله تعالى عنه انه كان يعزل عن جارية فجاءت بولد اسود فشق عليه فقال ممن هو فقالت من راعي الابل، فحمد الله و أثنى عليه، و لم يلزمه و عن زيد بن ثابت(٦) رضي الله تعالى عنه كان يطأ جارية فارسية و يعزل عنها، فجاءت بولد فاعتق الولد و جلدها، او عنه انه قال لها ممن حملت، قالت منك، فقال كذبت ما وصل اليك مما يكون الحمل منه، و لم يلزمه مع اعترافه

(١) ولد الامة لا ام الولد و هذا رجوع الى المذكور اول الباب في قوله اذا ولدت الامة من مولاها فلايثبت نسبه الا ان يعترف به و ان اعترف بوطئها كذا في فتح القدير و في العناية اى ولد الامة رجوع الى ما ابتدأ به اول الباب بقوله اذا ولدت الامة من مولاها لما أن ولد ام الولد يثبت نسبه من غير دعوة على ما يجئ في قوله فان جاءت بعد ذالك بولد يثبت نسبه بغير اقرار و حكم المدبرة كحكم الامة في انه لايثبت النسب منها بدون دعوة المولى. (٢) بالولد و في فتح القدير فلايثبت نسبه الا ان يعترف به و ان اعترف بوطئها و هو قول الثوري و البصري و الشعبي و مروى عن عمر و زيد بن ثابت مع العزل انتهى. (٣) و به قال مالك الخ كذا في الفتح. (٤) الطحاوي في شرح معاني الآثار باب الامة يطأها مولاها الخ ص٦٦ ج٢ و فيه عن زيد بن ثابت رضي الله عنه ولدت له جارية فقال انه ليس مني و اني كنت اعزلها. (٥) و عن عمر رضي الله عنه الخ كذا في فتح القدير ص٣٣١ ج٤. (٦) و عن زيد بن ثابت رضي الله عنه كان يطأ جارية الخ رواه الطحاوي ص٦٧ ج٢ و كذا في فتح القدير ص٣٣١ ج٤.

لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطء، و انه اكثر افضاء اولى، و لنا ان وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه، فلابد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء، بخلاف العقد، لان الولد يتعين مقصوداً منه، فلا حاجة الى الدعوة. فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير اقرار، معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول، لانه بدعوى الولد الاول تعين الولد مقصوداً منها، فصارت فراشاً كالمعقودة، الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج، بخلاف المنكوحة، حيث لاينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتاكد الفراش حتى لايملك ابطاله بالتزويج،

بوطئها فهو حجة عليهم. (لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطء، و انه اكثر افضاء اولى) اي و الحال انه ان كان الوطء اكثر افضاء الى الولد من العقد (و لنا ان وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه) اي من طلب الولد، و المانع سقوط التقوم عنها عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لان ام الولد ليست بمتقومة عنده، و نقصان القيمة عند صاحبيه لان قيمتها ثلث قيمة القن لبقاء منفعة الوطء و زوال منفعة السعاية و البيع (فلابد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء) فانه لايثبت النسب فيه بغير الدعوة (بخلاف العقد) اي عقد النكاح (لان الولد يتعين مقصوداً منه) اي من العقد، و لان الولد هو المقصود من العقد في المنكوحة لايقال(١) ان النسب باعتبار الجزية او بما وضع لها، و القصد و عدمه لا مدخل له في ذلك، لانا نقول لو كان ذلك مداره لثبت من الزاني و ليس كذلك، و انما النظر الى الموضوعات الاصلية و العقد موضوع لذلك (فلا حاجة الى الدعوة) و وطء الامة ليس بموضوع لها فيحتاج اليها (فان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسب) عنه (بغير اقرار) هذا لفظ القدوري، و قال المصنف (معناه) اي معنى كلام القدوري (بعد اعتراف منه) اي من المولى (بالولد الاول، لانه بدعوى الولد الاول تعين الولد مقصودا منها، فصارت فراشاً كالمعقودة) بعقد النكاح اي كالمنكوحة، فلما صارت فراشاً لم يكن حاجة الى الدعوى في ثبوت النسب (الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله) اي ينتفي النسب عنه بمجرد النفي من غير لعان (لان فراشها) اي فراش ام الولد (ضعيف حتى يملك نقله) اي حتى يملك المولى نقل فراشه (بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لاينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتاكد الفراش حتى لايملك ابطاله بالتزويج) الحاصل ان الفراش ثلاثة قوى كفراش الزوجة يثبت نسب ولدها من غير دعوة، و لاينتفي الا باللعان و وسط كفراش ام الولد يثبت نسب ولدها من غير

---

(١) لايقال الخ كذا في العناية.

و هذا الذي ذكرناه حكم، فاما الديانة فان كان وطئها و حصنها و لم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به و يدعي، لان الظاهر ان الولد منه و ان عزل عنها او لم يحصنها جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر هكذا روي عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى و فيه روايتان أخريان عن ابي يوسف و عن محمد رحمهما الله تعالى

دعوة، و ينتفي من غير لعان. و ضعيف كفراش الامة لايثبت نسب ولدها الا بالدعوة، و ينتفي من غير لعان، فاشبه فراش ام الولد فراش المنكوحة من وجه من حيث ان نسب ولدها يثبت من غير دعوة، فصار فيه قوة و فراش الامة من وجه حيث ينتفي نسب ولدها بمجرد النفي، فصار فيه ضعف. فكان وسطاً (و هذا الذي ذكرناه) من مختصر القدوري في قوله و لايثبت نسب ولدها، الا ان يعترف به (حكم) اي بيان الحكم و القضاء يعني لايثبت نسب ولد الامة من المولى قبل اعترافه قضاء (فاما الديانة)(١) و هي الامر فيما بينه و بين الله تعالى (فان كان وطئها و حصنها و لم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به و يدعي) اي الولد (لان الظاهر ان الولد منه، و ان عزل عنها او لم يحصنها) المراد من التحصين ان يمنعها من الخارج و البروز عن مظان الريبة و العزل ان يطأها و لاينزل موضع المجامعة (جاز له ان ينفيه، لان هذا الظاهر)(٢) و هو ان الولد منه عند التحصين و عدم العزل (يقابله ظاهر آخر) اي يعارضه ظاهر آخر و هو العزل او ترك التحصين فيتعارض الظاهران، فوقع الشك و الاحتمال في كون الولد من المولى، فلم يلزمه الدعوة بالشك و الاحتمال، فجاز نفيه (هكذا) اي لزوم الدعوة في الصورة الاولى و جواز النفي في الصورة الثانية (روي عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى و فيه روايتان أخريان عن ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى) و في بعض النسخ اخروان و ليس بصحيح. و قال الاترازي و قال بعضهم في شرحه و الاصح آخران. قلت اراد به الكاكي، فانه قال هكذا، ثم قال الاترازي و ذالك ليس بشيء كاخروان ثم اطال الكلام فيه، فلايحتاج الى ذكره، لان من له يد في موضع هذا

---

(١) فاما الديانة الخ و في فتح القدير فاما الديانة فيما بينه و بين ربه تبارك و تعالى فالمروي عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه ان كان حين وطئها لم يعزل عنها و حصنها عن مظان ريبة الزنا يلزمه من قبل الله تعالي ان يدعيه بالاجماع لان الظاهر و الحالة هذه كونه منه و العمل بالظاهر واجب و ان كان عزل عنها حصنها اولا او لم يعزل و لكن لم يحصنها فتركها تدخل و تخرج بلارقيب مامون جاز له ان ينفيه - انتهى. (٢) لان هذا الظاهر الخ كذا في العناية و في فتح القدير لان هذا الظاهر و هو كونه منه بسبب ان الظاهر عدم زنا المسلمة يقابله ظاهر آخر و هو كونه من غيره لوجود احد الدليلين على ذالك و هما العزل او عدم التحصين الخ و كذا في الكفاية و حاشية سعدى چلپى ثم قال المحشي و اما ما ذكره الشارح (صاحب العناية) ففيه ما لا يخفى.

ذكرناهما في كفاية المنتهى. و ان زوجها فجاءت بولد فهو في حكم امه، لان حق الحرية يسري الى الولد كالتدبير، الا ترى ان ولد الحرة حر و ولد القنة رقيق، و النسب يثبت من الزوج، لان الفراش له

يعرفه، و من لا يد له لايفهمه. و قال الكاكي ايضا قوله عن ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى في بعض النسخ بتكرار عن ابي يوسف رواية واحدة. و عن محمد رحمه الله تعالى كذلك، و تلك الروايات بلفظ الوجوب، كذا في المبسوط. و قال الاترازي قال بعض الشارحين، اي عن ابي يوسف رواية واحدة، و عن محمد رواية واحدة، و هو فائدة اعادة عن. قلت هذا ايضا كلام الكاكي ثم قال الاترازي و لنا نظر في اعادة - عن - لانك اذا قلت اخذ(١) درهمان عن زيد و عمرو بلاتكرار - عن - لايفهم الدرهمين اخذا عن زيد و الدرهمين آخرين اخذا عن عمرو، بل المفهوم ان الدرهمين بعضهما حصل عن زيد، و البعض الباقي عن عمرو، فكذا فيما نحن فيه بعض الروايتين عن ابي يوسف و بعضهما عن محمد، فيكون عن كل منهما رواية واحدة، فلاحاجة الى تكرار - عن - يوهم ان الروايتين عن ابي يوسف و روايتان أخريان عن محمد، و ليس كذلك (ذكرناهما في كفاية المنتهى) فانه صنفه قبل الهداية و هو عزيز. و ذكر الروايتين في المبسوط(٢) فقال و عن ابي يوسف(٣) اذا وطئها و لم يستبرئها بعد ذلك، حتى جاءت بولد فعليه ان يدعيه سواء عزل عنها او لم يعزل. و عن محمد قال لاينبغي ان يدعي النسب اذا لم يعلم انه منه، و لكن ينبغي ان يعتق الولد و يستمتع بها و يعتقها بعد موته، لان استحقاق نسب ليس منه لايحل شرعاً فيحتاط من الجانبين، و ذلك في ان لايدعي النسب، و لكن يعتق الولد و يعتقها بعد موته لاحتمال ان يكون منه، و ذكر في الايضاح تلك الروايتين بلفظ الاستحباب(٤) فقال ابويوسف احب الي ان يدعيه. و قال محمد احب ان يعتق الولد الى آخره. (و ان زوجها) المولى من رجل (فجاءت بولد فهو في حكم امه) قال الحاكم في الكافي فالولد بمنزلة الام، يعني اذا مات المولى يعتقان من جميع المال (لان حق الحرية يسري الى الولد) لان الولد جزء الام فيحدث هو على وصفها (كالتدبير، الا ترى ان ولد الحرة حر و ولد القنة رقيق، و النسب يثبت من الزوج، لان الفراش له) و فراشها من المولى لايثبت نسبه منه، لان النسب ليس بمتجزئ، و

---

(١) اخذ الخ و الاغلب في العبارة تصحيف فلم احصله و في العناية و عن ابي يوسف و عن محمد قيل فائدة تكرار عن دفع و هم من يتوهم ان الروايتين عنهما باتفاقهما فانه ليس كذالك و انما عن كل واحد منهما رواية تخالف رواية الآخر الخ. (٢) المبسوط للسرخسي باب بيع امهات الاولاد ص١٥٢ ج٧. (٣) وعن ابي يوسف الخ كذا في العناية و الفتح والكفاية. (٤) الاستحباب و عبارة المبسوط تفيد الوجوب كما في الفتح.

و ان كان النكاح فاسداً، اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام و لو ادعاه المولى لايثبت نسبه منه، لانه ثابت النسب من غيره، و يعتق الولد و تصير امه ام ولد له لاقراره، و اذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى ان النبي عليه الصلوة و السلام امر بعتق امهات الاولاد و ان لايبعن في دين و لايجعلن من الثلث

فلايثبت من المولى بعد ان يثبت من الزوج، و يعتق(١) ولدها بدعوة المولى و ان لم يثبت النسب منه لاقراره بالحرية (و ان كان النكاح فاسدا) واصل بما قبله (اذ الفاسد) اي لان النكاح الفاسد (ملحق بالصحيح) اي بالنكاح الصحيح (في حق الاحكام) مثل ثبوت النسب و وجوب المهر و العدة، لكن بعد الدخول، لان النكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول، لكونه واجب الرفع، فاذا دخل يكون له شبهة الصحيح، فيلحق به في حق الاحكام و قال الاترازي قال بعضهم في شرحه، و من الاحكام ثبوت النسب و عدم جواز البيع و الوصية، فلاتعلق له بالنكاح اصلاً لا بالصحيح و لا بالفاسد، فلا ادري اين كان. تعلق هذا الشارح وقت الشرح انتهى. قلت اراد بالبعض الاكمل، فانه قال في شرحه(٢) و من الاحكام ثبوت النسب الى آخره، و هذا يدل على ان شرح الاكمل قبل شرح الاترازي، لانه ذكر في الرابع من شرحه انه فرغ منه في سنة خمس و ثلاثين و سبعمائة، و كان قدوم الاكمل القاهرة في سنة ثلاثين و سبعمائة ثم كان قدوم الاترازي بعد ذلك بمدة (و لو ادعاه المولى) اي لو ادعا المولى ولد ام الولد الذي ولد من الزوج بعد ان تزوجها فولدت (لايثبت نسبه منه) اي نسب الولد من المولى (لانه ثابت النسب من غيره، و يعتق الولد و تصير امه ام ولد له لاقراره) اي فيما اذا كانت قنة، اما اذا كانت ام ولد فامومية الولد ثابتة قبل الدعوة فان قيل(٣) كيف تثبت امومية الولد مع عدم ثبوت النسب و امية الولد هاهنا مبنية على ثبوت النسب بدعوة الولد، بخلاف ابتداء الاقرار بالاستيلاد، فان ذلك مبني على دعوة الولد. قلنا مجرد الاقرار بالاستيلاد كان لثبوت الاستيلاد، و ان كان في ضمن شيء آخر لم يثبت ذلك الشيء(٤) (و اذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد و ان لايبعن في دين و لايجعلن من الثلث)

---

(١) و يعتق الخ و في الفتح و يثبت نسب الولد من الزوج ثم يعتق بدعوة المولي و ان لم يثبت نسبه منه لاقراره بحريته حيث اعترف بانه ابنه فان ابنه من امته يعلق حرا كما تقدم غير انه عارضه في ثبوت النسب منه معارض اقوى منه فلم يثبت نسبه به و لم يعرضه في ثبوت الحرية به ذالك فاخذ بزعمه انتهى. (٢) في شرحه العناية. (٣) فان قيل كيف الخ كذا في العناية و الفتح. (٤) لم يثبت ذالك الشيء لمصادفة اقرار المولى في محله و هو الملك و هذا لاحتمال ان يكون الولد ثابت النسب من المولى بعلوق سبق النكاح او بشبهة بعد النكاح الا ان =>

و لان الحاجة الى الولد اصلية فتقدم على حق الورثة و الدين كالتكفين بخلاف التدبير، لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج، و لا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا، و لانها ليست بمال متقوم حتى لاتضمن بالغصب عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى فلايتعلق بها حق الغرماء كالقصاص

هذا حديث اخرجه الدارقطني(١) في سننه عن عبدالرحمن الافريقي عن مسلم بن يسار عن سعيد بن المسيب ان عمر رضي الله تعالى عنه اعتق امهات الاولاد و قال اعتقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم و اخرج الدارقطني(٢) ايضاً عن يونس بن محمد عن عبدالعزيز بن مسلم عن عبدالله بن دينار عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع امهات الاولاد و قال لايبعن و لايوهبن و لايورثن يستمتع بها سيدها مادام حياً، فاذا مات فهي حرة (و لان الحاجة الى الولد اصلية) اراد ان الولد من الحوائج الاصلية، لان المرء يحتاج الى بقاء النسل (فتقدم على حق الورثة، و الدين كالتكفين بخلاف التدبير) اي الاستيلاد بخلاف التدبير، و لهذا لايقدم (لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج و لاسعاية عليها) اي على ام الولد (في دين المولى للغرماء لما روينا) قال الكاكي اشارة الى قوله عليه الصلوة و السلام اعتقها ولدها. و قال الاترازي اشارة الى حديث سعيد بن المسيب و هو ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد و ان لايبعن(٣) في دين. و في بعض نسخ الفقه و ان لايسعين في دين. (و لانها) اي و لان ام الولد (ليست بمال متقوم) لانها تحرز احراز الاموال (حتى لا تضمن بالغصب) يعني اذا غصب رجل ام الولد فماتت حتف انفها عند الغاصب لم يضمنها (عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) خلافاً لهما. و اما المدبر اذا مات عند الغاصب فهو يضمنها لان المدبر متقوم بالاجماع، و في تحفة الفقهاء(٤) ام الولد لاتضمن عند ابي حنيفة بالغصب و لابالقبض في البيع الفاسد و لا بالاعتاق بان كانت ام ولد بين شريكين فاعتقها احدهما لم يضمن المعتق لشريكه و لم تسع ايضا في شيء. و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى تضمن في ذلك كله (فلايتعلق بها حق الغرماء كالقصاص) يعني(٥) اذا مات من له القصاص و هو مديون ليس لارباب الديون ان ياخذوا من عليه القصاص بدينهم و يستوفوا منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه القصاص من

=> هذا الاحتمال غير معتبر في حق النسب لثبوت النسب من الزوج و استغناء عن النسب فيبقى معتبرا في حق الام لاحتياجها الى ان تصير ام ولد - العناية و الكفاية. (١) الدارقطني كتاب المكاتب ص١٣٦ ج٤. (٢) الدارقطني عن ابن عمر ص١٣٤ ج٤. (٣) لايبعن قوله لايبعن دل على انتفاء المالية و اذا عدمت ماليتها لم يبق عليها سعاية. العناية (٤) تحفة الفقهاء الخ و كذالك في الفتح ص٣٣٥ج٤ (٥) يعني الخ كذا في الشروح الثلاثة

بخلاف المدبر، لانه مال متقوم و اذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها و هي بمنزلة المكاتبة لاتعتق حتى تؤدي السعاية. و قال زفر رحمه الله تعالى تعتق في الحال، و السعاية دين عليها، و هذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام فابى، فان اسلم تبقى على حالها له ان ازالة الذل عنها بعد ما اسلمت واجب و ذلك بالبيع او الاعتاق و قد تعذر البيع فتعين الاعتاق. و لنا ان النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لانه يندفع الذل عنها لصيرورتها(١) حرة يداً، و الضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلاً لشرف الحرية، فيصل الذمي الى بدل ملكه، اما لو اعتقت و

مديونهم، لان القصاص ليس بمال متقوم حتى ياخذوا بمقابلته شيئا متقوماً، و كذا اذا قتل المديون شخصاً لايقدر الغرماء على منع ولي القصاص من استيفاء القصاص، و كذا اذا قتل رجل مديوناً، و المديون قد عفى لايقدر الغرماء على منع المديون عن العفو (بخلاف المدبر لانه مال متقوم) بالاجماع، و قد ذكرناه من قريب (و اذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها، و هي بمنزلة المكاتبة لا تعتق حتى تؤدى السعاية) قال الجوهري(٢) و سعى المكاتب في عتق رقبته سعاية (و قال زفر رحمه الله تعالى تعتق في الحالين) يعني قبل السعاية و بعدها. و في بعض النسخ تعتق في الحال، و به(٣) قال مالك رحمه الله تعالى و الظاهرية، الا انه بغير سعاية عندهما، و عند زفر بالسعاية، و قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى في المشهور، و يمنع الذمي من وطئها و الاستمتاع بها، و يحال بينهما و لايمكن من الخلوة بها، و يجبر على نفقتها فان اسلم حلت له، و أن مات قبل اسلامه او بعده عتقت بموته. و عن احمد في رواية تستسعى في قيمتها، فان ادت عتقت (و السعاية دين عليها) اي على ام الولد المذكور (و هذا الخلاف) يعني بيننا و بين زفر (فيما اذا عرض على المولى الاسلام فابى) اي امتنع عن الاسلام (فان اسلم تبقى) اي ام الولد المذكورة (على حالها و له) اي لزفر (ان ازالة الذل عنها بعد ما اسلمت واجب و ذلك بالبيع او الاعتاق، و قد تعذر البيع) لان ام الولد لايجوز بيعها (فتعين الاعتاق) لازالة ذلها (و لنا ان النظر من الجانبين) اي جانب ام الولد و جانب النصراني (في جعلها مكاتبة لانه يندفع الذل عنها لصيرورتها حرة يداً، و الضرر) اي و يندفع الضرر (عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلاً لشرف الحرية فيصل الذمي الى بدل ملكه، اما لو اعتقت و

---

(١) لصيرورتها – ن – بصيرورتها. (٢) الجوهري في الصحاح ص٢٣٧٧ ج٦ و لفظه و سعى المكاتب في عتق رقبته سعاية و استسعيت العبد في قيمته. (٣) و به قال مالك الخ كذا في الفتح.

هي مفلسة تتواني في الكسب و مالية ام الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك و ما يعتقده و لانها ان لم تكن متقومة فهي محترمة و هذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك اذا عفى احد الاولياء يجب المال للباقين. و لو مات مولاها عتقت بلاسعاية، لانها ام ولد، و لو عجزت في حياته لاترد قنة لانها لو ردت قنة اعيدت مكاتبة لقيام الموجب. و من استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له

هي مفلسة تتواني) اي تتكاسل (في الكسب) حاصل الكلام انه لايجوز ان يبطل ملك النصراني مجاناً، لانه معصوم، فوجب عليها السعاية فلاتعتق ما لم تؤد قيمتها، لانها اذا عتقت فسعت بعد ذلك كما هو مذهب زفر يؤدى الى تعطيل حق المولي لتوانيها في الكسب حينئذ، لحصول الحرية قبل السعاية. و قلنا تسعى ثم تعتق نظراً للجانبين، لانها اذا سعت تصل الى شرف الحرية. و هي حرة يداً حال السعاية و يصل المولى الى بدل ملكه (و مالية ام الولد) جواب(١) عما يقال كيف تسعى ام ولد النصراني، و السعاية في القيمة دليل التقوم، و ام الولد ليست بمتقومة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى فاجاب بقوله و مالية ام الولد (يعتقدها الذمي متقومة فيترك و ما يعتقده) اي يترك الذمي مع ما يعتقده، و الواو بمعنى مع لقوله عليه الصلوة و السلام اتركوهم(٢) و ما يدينون (و لانها) اي و لان مالية ام الولد (ان لم تكن متقومة فهي محترمة، و هذا) اي كونها محترمة (يكفي لوجوب الضمان) هذا جواب آخر عن السؤال المذكور، واعترض عليه بان الاحترام لو كان كافياً لوجوب الضمان لوجب على غاصب ام الولد. و اجيب بان مبنى الضمان في الغصب على المماثلة(٣) و لا مماثلة بين ماليتها لانتفاء تقومها، و بين ما يضمن به من المال المتقوم (كما في القصاص المشترك) يعني اذا كان القصاص مشتركا بين جماعة (اذا عفى احد الاولياء يجب المال للباقين) و ان لم يكن القصاص مالاً متقوماً لكنه حق محترم، فجاز ان يكون موجباً للضمان لاحتباس نصيب الآخرين عنده بعفو احدهم (و لو مات مولاها) اي مولى ام ولد النصراني و هو نصراني (عتقت بلاسعاية، لانها ام ولد) و ليس عليها سعاية (و لو عجزت في حياته لاترد قنة، لانها لو ردت قنة اعيدت مكاتبة لقيام الموجب) اي الموجب للكتابة و هو(٤) اسلام الولد له (و من استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له) اي شرعا

---

(١) جواب الخ كذا في الشروح الثلاثة. (٢) اتركوهم و ما يدينون الحديث. اخرجه ... (٣) المماثلة لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم و الغصب من الاعتداء - الكفاية. (٤) و هو اسلام الولد له و في العناية و هو اسلامها مع كفر مولاها و في الكفاية قوله لقيام الموجب و هو وجوب ازالة الذل عنها بعد ما اسلمت.

و قال الشافعي رحمه الله تعالى لاتصير ام ولد له. و لو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا، و له فيه قولان، و هو ولد المغرور. له انها علقت برقيق فلاتكون ام ولد له كما اذا علقت من الزنا، ثم ملكها الزاني، و هذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا، الا انه جزء الام في تلك الحالة، و الجزء لايخالف الكل. و لنا ان السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل، و الجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل واحد منهما كملا، و قد ثبت النسب

لانها كانت ام ولد حقيقة. (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لاتصير ام ولد له) و به قال(١) مالك و احمد رحمهما الله تعالى في رواية، و في رواية كقولنا، و في شرح الطحاوي فان استولدها و هي في ملك الغير بنكاح ثم اشتراها مع الولد او بغير الولد صارت ام ولد له عندنا، خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى و كذلك(٢) لو ثبت ولدها بوطء بشبهة ثم ملكها فهي ام ولد له من حين ملكها لا من وقت العلوق عندنا، كذا في التحفة و فائدة كونها ام ولد من وقت الملك انه لو ملك ولدها منه عتق عليه لقوله عليه الصلوة و السلام من ملك ذا رحم محرم فهو حر، و لو تملك ولدها من غيره لم يعتق، لانه بائن ام ولد له، و له بيعه لان الاستيلاد ثبت فيها من حين ملكها، و عند زفر رحمه الله تعالى من ولد بعد ثبوت نسب ولدها منه ثم ملكه فهو ابن ام ولد له (و لو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا) خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى (و له) اي للشافعي (فيه قولان) في قول تصير ام ولد له، و في قول لاتصير (و هو ولد المغرور) من يطأ امراة متعمداً على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق ولده حر بالقيمة يوم الخصومة (له) اي للشافعي رحمة الله تعالى (انها علقت برقيق فلاتكون ام ولد له كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني، و هذا) اشارة الى قوله - فلايكون ام ولد - (لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حراً) بان استولدها في ملكه (لانه) اي لان الولد (جزء الام في تلك الحالة) اي في حالة العلوق (و الجزء لايخالف الكل) و في صورة النكاح ليس كذلك لان الام رقيقة لمولاها في تلك الحالة، فلو انعقد الولد حراً، كان الجزء مخالفاً للكل (و لنا ان السبب) اي سبب الاستيلاد (هو الجزئية) الحاصلة بين الوالدين (على ما ذكرنا من قبل) اشارة الى قوله في اول الباب - لان الجزئية قد حصلت بين الواطئ و الموطوءة بواسطة الولد - (و الجزئية انما تثبت بينهما) اي بين الواطئ و الموطوءة (بنسبة الولد الى كل منهما كملا، و قد ثبت النسب) بالنكاح

---

(١) و به قال مالك الخ كذا في الفتح. (٢) و كذالك الخ كذا في الفتح.

فتثبت الجزئية بهذه الواسطة، بخلاف الزنا لانه لانسب فيه للولد الى الزاني، و انما يعتق على الزاني اذا ملكه، لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة، نظيره من اشترى اخاه من الزنا لايعتق عليه، لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد و هي غير ثابتة و اذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه و صارت ام ولد له، و عليه قيمتها، و ليس عليه عقرها و لا قيمة ولدها، و قد ذكرنا المسالة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب و انما لايضمن قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد. و ان وطئ أب الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب، لانه لا ولاية للجد حال بقاء(١) الاب و

(فتثبت الجزئية بهذه الواسطة) و اذا ثبتت الجزئية ثبت امومية الولد (بخلاف الزنا) جواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى كما اذا علقت بالزنا (لانه لا نسب فيه) اي في الزنا (للولد الى الزاني) فلاتثبت الحرية المعتبرة في الباب، و هي الجزئية الحكمية فلاتثبت امومية الولد فان قيل لما لم يثبت النسب من الزاني فكيف يعتق عليه اذا ملكه فاجاب بقوله (و انما يعتق) اي الولد (على الزاني اذا ملكه، لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة) بخلاف امومية الولد فانها تثبت بواسطة نسبة الولد و النسبة عن الزاني منقطعة فكان امومية الولد عن الزنا مثل من اشترى اخاه من الزنا اشار اليه بقوله (نظيره) اي نظير ام الولد من الزنا حيث لاتعتق عليه لعدم انتسابه الى ابيه (من اشترى اخاه من الزنا لايعتق عليه لانه) اي لان الاخ (ينسب اليه بواسطة نسبته الى الولد، و هي غير ثابتة) و المراد بالاخ الاخ لاب، اما الاخ لام فانه يعتق عليه اذا ملكه و ان كان من الزنا، لان النسبة بينهما ثابتة (و اذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه، و صارت(٢) ام ولد له، و عليه قيمتها، و ليس عليه عقرها و لا قيمة ولدها، و قد ذكرنا المسألة بدلائلها في كتاب النكاح) اي في آخر كتاب نكاح الرقيق، و اراد بالعقر مهر المثل. و في المحيط(٣) العقر قدر ما تستاجر هذه المراة لو كان الاستئجار للزنا حلالاً (و انما لايضمن قيمة الولد، لانه انعلق حر الاصل لاسناد الملك الى ما قبل الاستيلاد) فان الملك انتقل الى الاب قبيل الوطء (و ان وطئ اب الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب، لانه لا ولاية للجد حال قيام الاب، و

---

(١) بقاء - ن - قيام. (٢) و صارت ام ولده له و للشافعي رحمه الله تعالى قولان احدهما تصير ام ولد و يضمن قيمتها و مهرها و هو بناء على اثباته الملك حكما للوطئ اذ لو اثبته سابقا عليه لم يتجه ايجاب المهر و القول الآخر لاتصير ام ولد و يلزمه المهر لانه لم يملكها و هو قول احمد رحمه الله تعالى و على هذا تستمر على ملك الابن و مذهب مالك انه يملكها بالقيمة بمجرد الوطئ حملت اولا - فتح القدير. (٣) المحيط و كذا في =>

لو كان الاب ميتاً يثبت(١) من الجد كما يثبت نسبه من الاب لظهور ولايته عند فقد الاب و كفر الاب ورقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية، و اذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه لانه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه لايتجزأ لما ان سببه لايتجزأ، و هو العلوق، اذ الولد الواحد لاينعلق من مائين و صارت ام ولد له لان الاستيلاد لايتجزأ عندهما و عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك، و يضمن نصف عقرها، لانه وطئ جارية مشتركة، اذ الملك يثبت حكماً للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه

لو كان الاب ميتاً يثبت من الجد كما يثبت من الاب لظهور ولايته عند فقد الاب) و كذا(٢) اذا كان الاب حيا و لا ولاية له مثل ان يكون عبداً او كافراً او مجنوناً فالولاية للجد فيصح دعوته، فاذا عادت ولاية الاب بان اسلم او اعتق او افاق قبل الدعوة لم تقبل دعوة الجد على ذلك، و لو كان الاب مرتدا لم تصح دعوة الجد عندهما، لان تصرفات المرتد نافذة عندهما و عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى موقوفة فان اسلم الاب لم تصح دعوة الجد و ان مات على الردة او لحق بدار الحرب و حكم بلحاقه تصح (و كفر الاب و رقه بمنزلة موته، لانه قاطع للولاية) اي لان كل واحد من الكفر و الرق قاطع للولاية (و اذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما) سواء ادعى في صحته او مرضه (ثبت نسبه منه لانه لما ثبت النسب منه في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه) اي ان النسب (لايتجزأ لما ان سببه لايتجزأ و هو العلوق اذ الولد الواحد لاينعلق من مائين(٣) و صارت ام ولد له لان الاستيلاد لايتجزء عندهما و عند ابي حنيفة يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه، اذ هو قابل للملك) لاستحالة ان يخلق الولد من ماء الرجلين و ثبوت ما لايتجزأ، كثبوت كله، و يضمن نصف قيمتها لانه يملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد، اي في الجارية المذكورة، لعدم التجزؤ فيضمن نصف القيمة و يعتبر قيمة يوم وطئها، فعلقت و به صرح الحاكم (و يضمن نصف عقرها، لانه وطئ جارية مشتركة، اذ الملك يثبت حكماً) اي من حيث الحكم (للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه) اذ هو قابل للملك. قال الاترازي الضمير المنصوب راجع الى الوطء لا الى الاستيلاد، بل يثبت معه من وقت

=> مبسوط شيخ الاسلام كما في العناية ص٣٤٠ ج٤. (١) يثبت - ن - ثبت. (٢) و كذا اذا كان الخ كذا في فتح القدير ص٣٣٩ ج٤. (٣) من ماءين اي من ماء رجلين الكفاية و في الفتح هذا على قولنا لانها اذا علقت من الاول انسد فم الرحم فلاتعلق من الآخر و على قول غيرنا لايمتنع بل واقع على قول بعض مثبتي القيافة =>

بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هنالك يثبت شرطاً للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئاً ملك نفسه و لايغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستنداً الى وقت العلوق فلم ينعلق

العلوق، و العلوق بعد الوطء، فيكون الملك بعد الوطء، فيكون الوطء مضافاً لنصيب شريكه ايضاً. ثم قال الاترازي و ظن بعض الشارحين ان الضمير يرجع الى الاستيلاد، فقال و هذا على اختيار بعض المشايخ، و اما الاصح من المذهب فالحكم مع علته يفترقان قلت اراد ببعض الشارحين صاحب النهاية. و ذلك ليس بشيء، لان صاحب النهاية لم يجز ذلك المذهب بدليل انه يثبت الملك من زمان الاستيلاد عقيب الاستيلاد. الا ترى انه قال و لايغرم قيمة ولدها، لان النسب يثبت مستنداً الى وقت العلوق فلم يبق منه شيء على ملك الشريك. فعلم ان ملك الشريك انتقل الى صاحب الدعوة من زمان العلوق، و هو زمان الاستيلاد لابعده. و قال الاكمل(١) يجوز ان يكون مراده بالتعقب الذاتي لا الزماني، و حينئذ يكون واردا على الاصح من المذهب. (بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه) حيث لايلزمه العقر (لان الملك هنالك يثبت شرطاً للاستيلاد) اي لثبوته (فيتقدمه) اي فيتقدم الملك الاستيلاد فان قيل(٢) الملك يثبت ضرورة الاستيلادفيثبت سابقا على العلوق في حق الاستيلاد لا في حق غيره لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها. قلنا الاستيلاد(٣) عبارة (فصار واطئا ملك نفسه) و هذه التفرقة(٤) بين الشريك و الوالد من حيث ان ملك الشريك في النصف قائم وقت العلوق و ذلك يكفي للاستيلاد، فيجعل تملك نصيب صاحبه حكما للاستيلاد، فيكون الوطء واقعاً في غير ملكه، و ذلك يوجب الحد، لكنه سقط لشبهة الشركة، فيجب العقر. و اما الاب فلم يكن له ملك في الجارية، و قد استولدها فيجعل ملكه فيها شرطاً للاستيلاد في ملكه حملا لامره على الصلاح فيكون الوطء في ملكه، و الوطء في ملكه لايوجب العقر (و لا يغرم) اي الشريك للمدعي (قيمة ولدها) اي ولد الجارية المشتركة (لان النسب يثبت مستنداً الى وقت العلوق، فلم ينعلق

=> على ماسيأتي فعدم التجزى ان لايعلق الولد بنصفها. (١) الاكمل في العناية ص٣٤١ج٤ و راجع فتح القدير ص٣٤٠ ج٤. (٢) فان قيل الخ كذا في الفتح. (٣) عبارة الخ و الظاهر ان ههنا سقطة و لفظة الفتح اجيب بان الاستيلاد عبارة عن جميع الفعل الذي يحصل به الولد فلم يعتبر تعدد الفعل مع اتحاد المطلوب فالتقدم على العلوق تقدم على الفعل الذي به الاستيلاد و منه الوطئ فاعتبر مقدما عليه انتهى ولفظ الكفاية فان قيل التملك انما يثبت ضرورة تصحيح الاستيلاد فيثبت سابقا عليه فيبقى ماوجد من فعل الوطئ مسابقا علي العلوق في غير الملك فينبغي ان يجب العقر قلنا الاستيلاد عبارة عن جميع الفعل الذي يحصل به الولد فلم يعتبر تعدد الفعل مع اتحاد المطلوب فتقدم الملك على جملة الفعل فيقع الوطئ في الملك انتهى. (٤) و هذه التفرقة الخ كذا في العناية.

شيء منه على ملك الشريك. و ان ادعياه معاً ثبت نسبه منهما، معناه اذا حملت على ملكهما. و قال الشافعي رحمه الله تعالى يرجع الى قول القافة.

شيء منه على ملك الشريك) لانه كما علق انعلق حر الاصل، لان نصفه انعلق على ملكه، و انه يمنع ثبوت الرق فيه(١) (و ان ادعياه معاً) اي و ان ادعى الشريكان الولد مجتمعين (ثبت نسبه منهما) اي من الشريكين، هذا لفظ القدوري. و قال المصنف (معناه) اي معنى قول القدوري ثبت نسبه منهما (اذا حملت على ملكهما) بان ولدت لستة اشهر منذ اشترياها كذا فسره العتابي في شرح الجامع الصغير تفسير الحمل على ملكهما، لانه(٢) اذا لم يكن العلوق في ملكهما، بان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الشراء كان دعوة تحرير لا دعوة استيلاد فيعتق الولد و لايثبت الاستيلاد لان دعوة الاستيلاد اذا لم يكن العلوق في ملك المدعي يستند الحرية فيها الى وقت العلوق، و دعوة التحرير ان لايكون العلوق في المدعي تفتقر الحرية فيها الى وقت الدعوة (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يرجع الى قول القافة) بلفظ المبني للمفعول. و القافة(٣)

---

(١) يمنع ثبوت الرق فيه لما ذكرنا من ترجيح مثبت النسب - العناية. (٢) لانه الخ كذا في الفتح ص٣٤٢ ج٤.

(٣) القافة الخ كذا في الفتح و العناية و لسان العرب مادة قوف و عمدة القاري في آخر كتاب الفرائض باب القائف ص٢٦٣ ج٢٣ قال المحدث العثماني رحمه الله تعالى في اعلاء السنن و حاشيته ص٣١٩ الى ص٣٢٨ ج١١ باب اذا ادعا رجلان بولد يكون بينهما عن ابي المهلب ان عمر بن الخطاب قضى في رجل ادعاه رجلان كلاهما يزعم انه ابنه و ذلك في الجاهلية، فدعا عمر ام الغلام المدعى. فقال اذكرك بالذي هداك للاسلام لايهما هو؟ قالت لا و الذي هداني للاسلام ما ادرى لايهما هو، اتاني هذا اول الليل و اتاني هذا آخر الليل، فما ادري لايهما هو قال فدعا عمر من القافة اربعة، و دعا ببطحاء فنثرها، فامر الرجلين المدعيين فوطئ كل واحد منهما بقدم، و امر المدعي فوطئ بقدم ثم اراه القافة قال انظرو فاذا اتيتم فلاتتكلموا حتى اسألكم قال فنظر القافة فقالوا قد اثبتنا، ثم فرق بينهم ثم سألهم رجلا رجلا، قال فتقادعوا يعني فتبايعوا كلهم يشهد ان هذا لمن هذين قال فقال عمر يا عجبا لما يقول هؤلاء قد كنت اعلم ان الكلبة تلقح بالكلاب ذوات العدد، و لم اكن اظن ان النساء يفعلن ذلك قبل هذا اني لا ارد ما يرون، اذهب فهما ابواك رواه الطحاوي (٢:٢٩٣) و قال صاحب الجوهر النقى (٢:٢٥٦) بسند حسن، و قال الطحاوي و قد روى عن عمر رضي الله تعالى عنه ايضا من وجوه صحاح انه جعله بين الرجلين جميعاً قال ابوعمر: ذكر عبد الرزاق عن الثوري عن قابوس بن ابي ظبيان عن ابيه عن علي رضي الله تعالى عنه انه اتاه رجلان وقعا على امراة في طهر واحد فقال الولد بينكما و هو للباقي منكما و ذكر البيهقي فيما بعد في آخر باب من قال يقرع بينهما و رواه ابن ابي شيبة في مصنفه عن حسين بن علي عن زائدة عن سماك عن حنش عن علي، و هذا السند على شرط مسلم (الجوهر النقي (٢:٢٥٦) قال المؤلف دلالة الاثرين على الباب ظاهرة و اما ما روى ابوداود و سكت عنه (١:٣١٦) حدثنا خشيش بن اصرم نا عبد الرزاق انا الثوري

بالقاف و الفاء المخففة، جمع القائف كالحاكة في جمع الحائك، و القائف هو الذي يعرف الآثار و

عن صالح الهمداني عن الشعبي عن عبدخير عن زيد بن ارقم قال أتي على رضي الله عنه بثلاثة و هو باليمن وقعوا على امراة في طهر واحد، فسأل اثنين اتقران لهذا بالولد؟ قالا: لا حتى سألهم جميعاً فجعل كلما سأل اثنين قالا: لا فاقرع بينهم فالحق الولد بالذي صارت عليه القرعة. و جعل عليه ثلثي الدية. قال فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فضحك حتى بدت نواجذه الخ و في عون المعبود (٢:٢٤٩) قال المنذري فاما حديث عبد خير فرجال اسناده ثقات غير ان الصواب فيه الارسال الخ فهذا الحديث يخالف الآثار المذكورة في الباب فالجواب عنه ما قد تقدم و حاصله: أن ذلك كان حين يحكم بالقرعة في اشياء ثم نسخه ما ورد من النهى عن الميسر في القرآن و حديث النبي صلى الله عليه وسلم فان حد الميسر صادق على القرعة لما فيها من التعليق على الخطر او يقال انما اقرع على باختيار المدعين و رضاهم بالاقراع، و اما اذا لم يرضوا بذلك فلايحكم الا بالتشريك كما في حديثى المتن و الله تعالى اعلم. و اما ما رواه البخاري عن عائشة قالت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على مسروراً تبرق اسارير وجهه فقال الم تر الى مجزز نظر آنفا الى زيد بن حارثة و اسامة بن زيد فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض الخ فهذا يدل على اعتبار القيافة في باب النسب فعنه جوابان الاول ما قاله الطحاوي في شرح معاني الآثار (٢:٢٩١ و ٢٩٢) ان سرور النبي صلي الله عليه وسلم بقول مجزز المدلجي الذي ذكروا في حديث عائشة ليس فيه دليل على ما توهموا من واجب الحكم بقول القافة لان اسامة قد كان نسبه ثبت من زيد قبل ذلك و لم يحتج النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك الى قول احد. و لو لا ذلك لما كان دعى اسامة فيما تقدم الى زيد، و انما تعجب النبي صلي الله عليه وسلم من اصابة مجزز كما يتعجب من ظن الرجل الذي يصيب بظنه حقيقة الشيء الذي ظنه، و لايجب الحكم بذلك، فترك رسول الله صلى الله عليه وسلم الانكار عليه لانه لم يتعاط بقوله ذلك اثبات ما لم يكن ثابتا فيما تقدم. فهذا ما يحتمله هذا الحديث الخ. و الثاني ما يتحصل من فتح الباري (١٢:٤٨) و نصه قال ابوداود نقل احمد بن صالح عن اهل النسب انهم كانوا في الجاهلية يقدحون في نسب اسامة، لانه كان اسود شديد السواد و كان ابوه زيد ابيض من القطن، فلما قال القائف ما قال مع اختلاف اللون سر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك، لكونه كافا لهم عن الطعن فيه لاعتقادهم ذلك، الخ قلت: و كل ذلك محتمل يخل بالاستدلال و مشروعية اللعان تدل على ان القرعة و القيافة ليسا من الشرع في شيء و الا لم يحتج اليها. و اما ما في الزيلعي (٢:٦٥) و روى عبدالرزاق في مصنفه: اخبرنا معمر عن الزهري عن عروة ان رجلين اختصما في ولد فدعا عمر القائفة، و اقتدى في ذلك بنظر القائفة و الحقه احد الرجلين الخ. قلت و رجاله رجال الصحيح لكن الظهر فيه الانقطاع بين عروة و عمر ففي تهذيب التهذيب (٧:١٨٥) قال ابن حزم في كتاب الحدود من الابصار: ادرك عروة عمر بن الخطاب و اعتمر معه كذا قال و هو خطأ منه. و ما روى الطحاوي (٢:٢٩٢) حدثنا يونس قال اخبرني يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار ان رجلين اتيا عمر كلاهما يدعى ولد

يتبعها، و يعرف شبه الرجل في ولده و اخيه من قاف اثره يقوفه. مقلوب قفاه يقفوه، اي اتبعه ثم

امرأة، فدعا لهما رجلا من بني كعب قائفا فنظر اليهما فقال لعمر رضي الله تعالى عنه لقد اشتركا فيه فضربه عمر بالدرة ثم دعا المراة فقال اخبريني خبرك قالت: كان هذا لاحد الرجلين يأتيها و هي في ابل اهلها فلايفارقها حتى تظن ان قد استمر بها حمل، ثم ينصرف عنها فاهرقت عليه دما، ثم خلفها ذا تعنى الآخر فلايفارقها حتى استمر بها حمل، لايدرى ممن هو، فكبر الكعبى فقال عمر للغلام: وال أيهما شئت الخ و رجاله رجال مسلم لكن سليمان عن عمر منقطع، فان عمر قد استشهد سنة ثلاث و عشرين كما في التقريب(١٥٤) و سليمان قد ولد ٢٤ كما في تهذيب التهذيب (٤:٢٢٩) فالجواب عنهما: ان الانقطاع و ان لم يكن يضر عندنا اذا لم يكن المرسل يرسل عن الضعفاء الا ان الاتصال راجح على الانقطاع، فما ثبت عن عمر بسند حسن او صحيح متصل يعتمد عليه و يترك المرسل فان الموصول ارجح من المرسل اتفاقا. قال الطحاوي (٢:٢٩٣) فان قال قائل: فاذا كان ذلك كما ذكرته فما كان احتياج عمر الى القافة حتى دعاهم. قيل له: يحتمل ذلك عندنا - و الله اعلم - ان يكون عمر رضي الله عنه وقع بقلبه ان حملا لايكون من رجلين فيستحيل الحاق الولد بمن يعلم انه لم يلده فدعا القافة ليعلم منهم هل يكون ولد يحمل به من نطفتى رجلين ام لا. و قد بين ذلك ما ذكرنا في حديث ابي المهلب فلما اخبره القافة بان ذلك قد يكون و انه غير مستحيل رجع الى الدعوى التي كانت من الرجلين فحكم بها، فجعل الولد ابنهما جميعاً يرثهما و يرثانه، فذلك حكم بالدعوى لا بقول القافة الخ و اما ما رواه عروة (أن عمر الحق الولد باحد الرجلين) فيمكن ان يكون ترجع دعواه بترجيح شرعى كان يكون صاحب اليد او يكون الولد مميزا قد صدق احدهما و كذب الآخر مثلا و لم يلحقه به بقول القائف فقط، و انما دعا القائف لتطييب قلوب الخصوم كما كان صلى الله عليه وسلم يقرع بين نسائه اذا سافر تطييباً لقلوبهن لا لاثبات الحكم بالقرعة فافهم و الله تعالى اعلم. حكم القيافة و انه ليس من الحجة في شيء فائدة حاصل ما تحصل من حجج الخصم انه صلى الله عليه وسلم سر بقول القائف في اسامة و زيد هذه الاقدام بعضها من بعض و ان عمر رضي الله تعالى عنه قضى على وفق قول القافة و انه صلى الله عليه وسلم لم ينكر اثبات على النسب بالقرعة حين اتى بثلاثة و هو باليمن وقعوا على امرأة في طهر واحد. فاقرع بينهم فالحق الولد بالذي صارت عليه القرعة و جعل عليه ثلثى الدية، فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فضحك حتى بدت نواجذه، و لاشك ان المعول عليه ما ينسب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم و ذلك هو سروره بقول القائف و اجاب عنه صاحب الهداية بان سروره كان لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة رضي الله عنه لما في حديث ابي داؤد كان اسود و كان زيد ابيض، فكانوا لذلك يطعنون في نسبه منه، و كانوا مع ذلك يعتقدون قول القافة، فكان قول القائف مقطعا لطعنهم و قال الطحاوي: ان اسامة قد كان نسبه ثبت من زيد قبل ذلك، و لم يحتج النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك الى قول احد. ولولا ذلك لما كان دعى اسامة فيما تقدم الى زيد و انما تعجب النبي صلى الله عليه وسلم من اصابة مجزز كما يتعجب من ظن

القيافة مشهورة في بني مدلج بن مرة بن عبد مناف بن كنانة بن خزيمة. و قيل القيافة في بني

الرجل الذي يصيب بظنه حقيقة الشئ الذي ظنه، و لايجب الحكم بذلك فترك رسول الله صلى الله عليه وسلم الانكار عليه لانه لم يتعاط بقوله ذلك اثبات مالم يكن ثابتا فيما تقدم، فهذا ما يحتمله هذا الحديث الخ (٢٩٢:٢) و يحتمل مع ذلك كون القيافة حقا في نفسها فتكون متعلق سروره ايضا او ليست حقا فيختص سروره بما قلنا فلزم ان حكمنا يكون سروره بها نفسها فرع حكمنا بانها حق فيتوقف على ثبوت حقيقتها و لم يثبت بعد، و طعن يطعن بالرمح و في النسب. و قد يستدل على صحة القيافة بحديث اللعان حيث قال صلى الله عليه وسلم فيه: ان جاءت به اصهيب حمش الساقين فهو لزوجها، و ان جاءت به اورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به. و هذه هي القيافة و الحكم بالشبه، و اجاب اصحابنا بان معرفته صلى الله عليه وسلم ذلك من طريق الوحي لا القيافة، و الحق انه ينقلب عليهم لانه لو كانت القيافة معتبرة لكان شرعية اللعان تختص بما اذا لم يشبه المرمى به اشبه الزوج اولا لحصول الحكم الشرعي حينئذ بأنه ليس ابنا للنافي، و هو يستلزم الحكم بكذبها في نسب الولد. و اما حديث علي رضي الله تعالى عنه و اثباته النسب بالقرعة ففي اسناده يحيى بن عبدالله الكندي المعروف بالاجلح. قال المنذري لايحتج بحديثه، وفي الخلاصة: وثقه يحيى بن معين و العجلي. و قال ابن عدي يعد في الشيعة مستقيم الحديث و ضعفه النسائي قال المنذري و رواه بعضهم مرسلا (اي موقوفا على علي رضي الله عنه من قوله غير مرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم) و قال النسائي هذا صواب. و قال الخطائي و قد تكلم في اسناد حديث زيد بن ارقم و قد رواه ابوداود من طريقين. الاولى من طريق عبدالله بن الخليل عن زيد بن ارقم عنه و الثانية من طريق عبد خير عن زيد عنه. قال المنذري: اما حديث عبد خير فرجال اسناده ثقات غير ان الصواب فيه الارسال انتهى. و المراد بالارسال ههنا الوقف لا ما هو الشائع في الاصطلاح، و على هذا لم تخل كل واحدة من الطريقين من علة فالاولى فيها الاجلح و الثانية معلولة بالارسال كذا في النيل (٢١٢:٦) و العجب من ابن حزم حيث رفع طريق عبد خير ايضا في المحلى (١٠: ١٥٠) و لم يعزه الى من خرجها و لاندري من اين وقع له ذلك، فلاحجة فيه و الحال هذه، و لم يذهب الى ظاهر هذا الحديث غير اسحاق بن رهويه و ابن حزم و من وافقه من اهل الظاهر و يعارضه ما رواه الطحاوي: ثنا روح بن الفرج ثنا يوسف بن عدي ثنا ابو الاحوص عن سماك عن مولى لبني مخزوم. قال: وقع رجلان على جارية في طهر واحد، فعلقت الجارية فلم يدر من ايهما هو فاتيا عمر يختصمان في الولد فقال عمر: ما ادري كيف اقضي في هذا؟ فاتيا عليا فقال: هو بينكما يرثكما و ترثانه، و هو للباقي منكما الخ (٢٩٤:٢). و فيه مولى بني مخزوم مجهول، و له طريق اخرى عند عبدالرزاق في مصنفه: حدثنا سفيان الثوري عن قابوس بن ابي ظبيان عن ابيه عن علي، انه اتاه رجلان وقعا على امرأة في طهر واحد، فقال: الولد بينكما و هو للباقي منكما. و رواه ابن ابي شيبة في المصنف عن حسين بن علي عن زائدة عن سماك عن حنش عن علي، و هذا السند على شرط مسلم. كذا في الجوهر النقي (٢٥٦:٢) و

حنش هذا هو ابن عبدالله و يقال ابن علي بن عمرو السبائى نزيل افريقية ثقة من الثالثة (تقريب ٤٨) من رجال مسلم و الاربعة، و ليس هو حنش بن قيس الرجبى، فهذا كما ترى حكم علي بالولد لمدعيه جميعاً فجعله ابنهما، و لم يحتج في ذلك الى قول القافة، و لا الى القرعة و به ناخذ و هو قول ابي حنيفة و ابي يوسف و محمد رحمهم الله تعالى. و في الجوهر النقي في باب القافة و دعوى الولد: ذكر البيهقي فيه حديث مجزز، قلت: لم يكن فيه دعوى و لاتنازع فليس بوارد في محل النزاع، لان اسامة كان لاحقا بفراش زيد من غير منازع له، و انما كان الكفار يطعنون في نسبه لتباين اللونين. فلما الحقه مجزز به (و الحاقه حجة عليهم بزعمهم) كان ابطالا لطعنهم، لانه كانوا يعترفون بالقيافة، فسر النبي صلى الله عليه وسلم بابطال طعنهم فلم يكن سروره الا لحق. قال: معنى هذا الكلام المازري وغيره، فلانسلم ان الاشتباه يدل على الانساب عند التنازع و الدعوى الخ (٢٥٦:٢) و لاحجة لهم فيما رواه ابوداود عن ابي قلابة عن انس فذكر حديث العرنيين و قتلهم الرعاء و اخذهم ابل النبي صلي الله عليه وسلم قال انس فبعث رسول الله صلي الله عليه وسلم قافة في طلبهم فاتى بهم و ذكر الحديث فان طلب الآثار ليس من باب الدعوى و النزاع في الانساب في شيء و قد يستعان في طلب الآثار بالكلاب، و بالاجماع لا حجة فيها فكذلك القافة و بقي ما ثبت عن عمر رضي الله تعالى عنه من العمل بقول القافة و لكن الآثار عنه قد وردت مختلفة في ذلك منها ما تقدم عن سماك عن مولى لبنى مخزوم: في رجلين وقعا على جارية في طهر واحد، فعلقت الجارية فلم يدر من ايهما هو، فاختصما الى عمر في الولد فقال عمر: ما ادرى كيف اقضى في هذا؟ الحديث. و هو ليس بادنى منزلة مما رواه سليمان بن يسار و سعيد بن المسيب عن عمر، لان سليمان و ابن المسيب عن عمر مرسل، و كذا رواية المجهول من بني مخزوم عنه مرسلة فتساويا و ايضا ففي رواية سليمان بن يسار عن عمر في الولد الذي ادعاه رجلان. و قال القائف: لقد اشتركا فيه، انه قال للغلام "وال ايهما شئت" اخرجه الطحاوي في معاني الآثار: حدثنا يونس اخبرني يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار فذكره ثم قال: حدثنا يونس ثنا ابن وهب عن مالك حدثه عن يحيى بن سعيد عن سليمان مثله، حدثنا بحر بن نصر ثنا ابن وهب اخبرنا ابن ابي الزناد عن هشام بن عروة عن ابيه عن يحيى بن حاطب عن ابيه فذكر نحوه و فيه: "فقال عمر للغلام اتبع ايهما شئت. فاتبع احدهما" و هذا سند صحيح على شرط مسلم غير عبدالرحمن بن حاطب و له رؤية و عدده في كبار ثقات التابعين. كذا في التقريب(١١٩) و بهذا اندفع ما ذكره الموفق في المغنى (٦:١٠٤) و ما ذكروه عن عمر من قوله: وال ايهما شئت. لانعلم صحته الخ. و كيف لايعلم صحته؟ و قد رواه الطحاوي من طرق عديدة مرسلا و موصولا قال الطحاوي: و في هذا الحديث ما يدل على بطلان ما قالوا، و ذلك ان فيه ان القائف قال: هو منهما جميعاً فلم يجعله عمر كذلك و قال له: وال ايهما شئت، فلما رد عمر ذلك الى حكم الصبي المدعي لا الى قول القائف دل ذلك على ان القافة لايجب بقولهم ثبوت النسب من احد، قال الطحاوي و قد روي

عن عمر ايضا من وجوه صحاح انه جعله بين الرجلين. ثم رواه من طريق شعبة عن توبة العنبري عن الشعبي عن ابن عمر و توبة العنبري من رجال الشيخين ثقة اخطأ الازدي اذ ضعفه (تقريب، ٢٦) و العجب من ابن حزم حيث قال: "توبة العنبري ضعيف متفق على ضعفه" كما في المحلى (١٠:١٥١) فاحسن الله عزائنا فيه ما اجراه على تضعيف الرجال و جرحهم بلابينة. و من طريق شعبة عن قتادة عن سعيد بن المسيب عن عمر نحوه. و من طريق عوف بن ابي جميلة عن ابى المهلب عن عمر مثله، و هذا سند موصول. ثم رواه من طريق همام عن قتادة عن سعيد بن المسيب عن عمر، و فيه: ان القافة قالوا: قد اخذ الشبه منهما فما ندري لايهما هو؟ قال: و كان عمر قائفا فجعله لهما يرثانه و يرثهما" قال الطحاوي: "فليس يخلو حكمه في هذه الآثار التي ذكرنا من احد وجهين. اما ان يكون بالدعوى لان الرجلين ادعيا الصبي و هو في ايديهما (أو في يد ثالث و هما خارجان) فالحقه بهما بدعواهما، او يكون فعل ذلك بقول القافة. و في حديث سعيد بن المسيب ما يدل على ان قضاء عمر بالولد للرجلين كان بغير قول القافة و ذلك انه قال فقال القافة لاندرى لايهما هو؟ فجعله عمر ابنهما و القافة لم يقولوا: هو ابنهما فدل ذلك ان عمر اثبت نسبه من الرجلين بدعواهما، و لما لهما عليه من اليد، لا بقول القافة" الخ. (٢:٢٩٣) و في المبسوط: "ان قول القائف رجم بالغيب و دعوى بما استاثر الله تعالى بعلمه في قوله: و يعلم ما في الارحام و لا برهان له في قوله، مع ان في قوله قذف المحصنات و نسبه الاولاد الى غير الآباء. (فلو فتحنا هذا الباب لانفتح باب فتنة عظيم يؤدى الى هتك الاعراض و سفك الدماء) و مجرد الشبه غير معتبر، الا ترى ان الله تعالى حكم باللعان بين الزوجين عند نفي النسب، و لم يأمر بالرجوع الى قول القائف و اعتبار الشبه، و انما سر به عليه الصلوة و السلام لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة بن زيد لاختلاف لونيهما، و كانوا يعتقدون ان عند القائف علما، بذلك فكان قول القائف ردا لطعن الكفار لا لان قول القائف حجة في النسب شرعاً" الخ. من العناية (٥:٣٤١) و لو اطلع ابن حزم على هذا الكلام الجزل الذي لايحاد عنه لم يتكلم في ابي حنيفة و اصحابه بكلام قد اقذع فيه و اساء الادب كما هو ديدنه في الكلام مع خصومه في باب، و ارتكب مثله في هذه المسئلة التي قد حيرت اولي الالباب (١٠:١٥٠) و مما يدل على بطلان القيافة ما اخرجه الشيخان و النسائى عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه مرفوعاً في قصة داؤد و سليمان عليهما الصلوة و السلام حين تحاكم الى داؤد امرأتان كان لهما ابنان، فذهب الذئب باحدهما، فادعت كل واحدة منهما ان الباقي ابنها، و ان الذي اخذ الذئب ابن الاخرى، فحكم به داؤد للكبرى، و قال سليمان: "ائتوني بالسكين اشقه بينهما" فقالت الصغرى: "لاتفعل يرحمك الله هو ابنها" فقضى به للصغرى، كذا في جمع الفوائد (٢:١٧٥) فهذا كما ترى قد حكم به داؤد للكبرى، و لعله كان في يدها و عجزت الصغرى عن اقامة البينة. و حكم به سليمان للصغرى و لم يعمد الى نقض ما حكم به داؤد، و انما احتال بحيلة لطيفة اظهرت ما في نفس الامر، و ذلك انه لما دعا بالسكين ليشقه

بينهما، و لم يعزم على ذلك في الباطن و انما اراد استكشاف الامر، جزعت الصغرى. فحصل مقصوده لجزعها الدال على عظيم الشفقة و عدم جزع الكبرى، بل و قولها: "نعم اقطعوه" كما في رواية عند النسائى من طريق مسكين بن بكير عن شعيب، و لم يلتفت الى اقرار الصغرى بقولها: "هو ابن الكبرى" لانه علم انها آثرت حياته، فظهر له من قرينة شفقة الصغرى و عدمها في الكبرى، مع ما انضاف الى ذلك من القرينة الدالة على صدقها ما هجم به على الحكم للصغرى، و يحتمل بل هذا هو الظاهر ان تكون الكبرى في تلك الحالة اعترفت بالحق حين قال لها سليمان: "لو كان ابنك لم ترض ان يقطع" زاده النسائى من طريق بشير بن نهيك عن ابي هريرة كما في فتح الباري (١٢:٤٨) و بالجملة فكلاهما قد حكم بالولد لاحدى المرأتين من غير ان يرجع الى القافة، و قص رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمهما علينا من غير انكار فكان ذلك شرعا لنا. لايقال: لعلهما حكما بالنصف فلم يكن لهما حاجة الى القافة لانا نقول: لو كان داؤد حكم بالنص لما ساغ لسليمان ان يحكم بخلافه، و عدم حكم سليمان بالنص ظاهر من احتياله على اظهار الحق، حيث قال: "ائتوني بالسكين اشقه بينهما" فالصحيح ان كلاهما قد حكم بالاجتهاد، و في قول سليمان: "اقطعوه نصفين، لهذه نصف و لهذه نصف" دليل على انه اذا استوت دعوة المرأتين من كل وجه كان الولد بينهما كما قاله ابوحنيفة في رواية ابي حفص عنه (فتح القدير ٥:٣٤٥) لانه انما قال: "ائتوني بالسكين" لاستكشاف الامر، فلو لم ينكشف الامر بهذه الحيلة لجعله بينهما هذا هو الظاهر المتبادر من كلامه و قال الموفق في المغنى: "و ان الحقته القافة بامين لم يلحق بهما و بطل قول القافة. و قال اصحاب الرأى: يلحق بهما بمجرد الدعوى، و لنا ان كونه منهما محال يقينا فلم يجز الحكم به" الخ. (٦:٤٠٥) قلنا: قد تقرر في الاصول اذا تعارضت الدعوتان او البينتان و لم يترجح احداهما على الاخرى تساقطتا و صارتا كالعدم، و حكم الحاكم بالمدعى بينهما، لاستوائهما و عدم جواز الترجيح بلامرجح، بدليل ما رواه الخمسة الا الترمذي عن ابي موسى: "ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في دابة ليس لواحد منهما بينة، فجعله بينهما نصفين" (نيل الاوطار ٨:٥٦٧) هذا هو الاصل في تعارض الدعوتين و به حكم سليمان عليه السلام في الولد الذي تنازعت فيه المرأتان و لابينة لواحدة منهما. و ما ذكره الموفق من التعليل لايسمع بمعرض النص، على ان الحاكم لايحكم بان الولد يكون ابن امرأتين محققا ان كل واحدة منهما ولدته حتى يلزم الحكم بالمحال، بل انما يحكم لكل واحدة منهما بحق الامومة و ليس ذلك حكما بالمحال. رد تشنيع ابن حزم على ابي حنيفة في الحاقه الولد بامرأتين و أما قول ابن حزم في المحلى: "بان هذا جور و ظلم و باطل بلاشك ان يوجب لغير ام حكم ام بلا نص قرآن و لا سنة، و لا قول احد من خلق الله تعالى قبله" الخ (١٠:١٥٢) فمردود بأن تشريك المدعيين في المدعى اذا استويا في الدعوى و لم يعلم الكاذب من الصادق عين العدل و الانصاف، و ليس من الجور و الظلم في شيء الا ترى انه صلى الله عليه وسلم جعل الدابة بين الرجلين نصفين، و لم يكونا جميعا صادقين، بل كان احدهم كاذبا بيقين، فهل تقول هذا جور و ظلم ان يوجب لغير المالك حكم المالك؟ فما هو

اسد(١) و بقول الشافعي(٢) رحمه الله تعالى قال احمد رحمه الله تعالى و قال مالك رحمه الله

جوابك فهو جوابنا و هل تقول في سليمان عليه السلام حين قال: "اقطعوه نصفين لهذه نصف و لهذه نصف" و لم يقل كقولك: أقرعوا بينهما او ادعوا له القافة، ان هذا جور و ظلم و باطل ان يحكم بغير ام حكم أم؟ فهل لاحد بعد ذلك ان يرى اباحنيفة بانه أتى بقول لم يقله احد قبله، و لايساعده نص قرآن و لاسنة؟ و اي نص اقوى مما اخرجه الشيخان والنسائي مرفوعاً و ايدته النصوص الواردة في تعارض البينتين و الدعوتين فافهم. و لاتعجل في الانكار على الحنفية فانهم اشد الناس اتباعاً للآثار، ينالون الايمان من الثريا بالدراية حين لايناله من الثرى اهل الرواية، و الله اعلم و اعلى و اجل. و احتج الطحاوي رحمه الله على بطلان القيافة و قول القائف في باب الانساب بحديث عائشة و لفظها: ان النكاح في الجاهلية كان على اربعة انحاء" الحديث، و فيه: "و نكاح البغايا كن ينصبن على ابوابهن الرايات، فمن ارادهن دخل عليهن، فاذا حملت احداهن فوضعت جمعوا لها القافة، ثم الحقوا ولدها بالذي يرى القائف، فالتاط به و دعى ابنه لايمتنع من ذلك، فلما بعث محمد صلى الله عليه وسلم بالحق هدم نكاح الجاهلية الا نكاح الاسلام اليوم". رواه البخاري و ابوداود كذا في جمع الفوائد (١:٢٢٣) قال الطحاوي: "فيه دلالة على هدم ذلك النكاح و نسخ الحكم المتقدم الذي كان يحكم فيه بقول الجاهلية، فبعث الله محمداً صلى الله عليه وسلم بنكاح الاسلام اليوم، و بالحاق اولاد البغايا الذين ولدوا في الجاهلية بمن ادعى احدا منهم في الاسلام. كما حدثنا يونس أنا ابن وهب ان مالكا حدثه عن يحيى بن سعيد، ح و حدثنا يونس انا انس عن يحيى بن سعيد اخبرني سليمان بن يسار: ان عمر رضي الله تعالى عنه كان يليط اهل الجاهلية بمن ادعى بهم في الاسلام (قلت و هذا مرسل صحيح) فدل ذلك انهم لم يكونوا يلحقون لهم بقول القافة، و لو كان قولهم مستعملا في الاسلام كما كان مستعملا في الجاهلية لما قالت عائشة اذا أن ذلك مما هدم" الخ ملخصا بمعناه (٢:٢٩٢) و حاصله ان ظاهر حديث عائشة يدل على هدم نكاح الجاهلية و بطلان قول القافة جميعاً ممن ادعى. دلالته على هدم الاول فقط دون الثاني، فليأت ببرهان و كل ما ذكروه في ذلك لايصلح للاحتجاج به كما تقدم الكلام فيه مستوفى، و الله المستعان انتهى. (١) القيافة في بني اسد و في عمدة القاري ص٢٦٤ ج٢٣ فان قلت هل كانت القيافة مخصوصة ببني مدلج ام لا قلت كانت القيافة فيهم و في بني اسد و العرب تعترف لهم بذالك و الصحيح انها ليست خاصة بهم قد اخرج يزيد بن هارون في الفرائض بسند صحيح عن سعيد بن المسيب ان عمر رضي الله تعالى عنه كان قائفاً اورده في قصته و عمر قرشي ليس مدلجيا و لا اسديا لا اسد قريش و لا اسد خزيمة انتهى. (٢) و بقول الشافعي الخ راجع فتح القدير ص٣٤٢ ج٤ و العمدة ص٢٦٤ ج٢٣ و اعلاء السنن باب اذا ادعا رجلان بولد يكون بينهما ص٣٢١ ج١١ و صاحب الاعلاء قد بسط الكلام و اجاد و افاد و المغنى لابن قدامة كتاب اللقيط ص٢٩٥ ج٦ و النووي في شرح المسلم كتاب الرضاع باب العمل بالحاق القافة ص٤٧١ ج١ و الجوهر النقي على البيهقي باب القافة الخ ص٢٦٢ ج١٠.

لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لايتخلق من مائين متعذر، فعملنا بالشبه، و قد سر رسول الله عليه الصلوة و السلام بقول القائف في اسامة رضي الله تعالى عنه و لنا كتاب عمر رضي الله تعالى عنه الى شريح

تعالى يعمل به في الاماء دون الحرائر، و بقولنا قال الثوري و اسحاق بن راهويه رحمهما الله تعالى (لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لايتخلق من مائين متعذر فعملنا بالشبه، و قد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف في اسامة) بن زيد رضي الله تعالى عنه هذا اخرجه الائمة الستة(١) في كتبهم عن سفيان بن عيينة عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسروراً، فقال يا عائشة الم ترى ان مجززا المدلجي دخل علي و عندي اسامة بن زيد فرأى اسامة بن زيد و زيداً و عليهما قطيفة، و قد غطيا رؤوسهما و بدت اقدامهما، فقال هذه اقدام بعضها من بعض، قال ابوداود كان اسامة اسود و كان زيد ابيض، و سمي(٢) مجزز مجززاً، لانه كان اذا اخذ اسيرا حلق لحيته و قيل جز ناصيته. و قال الشافعي رحمه الله تعالى لو كان العمل بالشبه باطلا لما سر به رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه عليه الصلوة و السلام لا يسر الا للحق (و لنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح) و هو شريح(٣) بن الحارث الكوفي قاضي الكوفة من كبار

---

(١) الائمة الستة البخاري في آخر كتاب الفرائض باب القائف ١٠٠١ ج٢ و باب صفة النبي صلي الله عليه وسلم ص٥٠٢ ج١ و باب مناقب زيد بن حارثة ص٥٢٨ ج١ و مسلم كتاب الرضاع باب العمل بالحاق القائف ص٤٧١ ج١ و ابوداود كتاب اللعان باب في القافة ص٣١٦ ج١ و الترمذي ابواب الولاء باب ما جاء في القافة ص٣٥ ج٢ و النسائي كتاب الطلاق باب القافة ص١١١ ج٢ و ابن ماجة ابواب الاحكام باب القافة ص١٧١ و مسند احمد ص..... و التفصيل في نصب الراية ص٢٩٠ ج٣. (٢) و سمي الخ و في العمدة ص٢٦٤ ج٢٣ و سمي بذالك لانه كان اذا اخذ اسيرا في الجاهلية جز ناصيته و اطلقه و قال النووي في شرح المسلم مجزز فبميم مضمومة ثم جيم مفتوحة ثم زاى مشددة مكسورة ثم زاى اخرى هذا هو الصحيح المشهور و عن ابن جريج انه بفتح الزاى الاولى و عن ابن عبد البر و ابى على الغساني ان ابن جريج قال انه محرز باسكان الحاء المهملة و بعدها راى و الصواب الاول و هو من بني مدلج بضم الميم و اسكان الدال و كسر اللام. (٣) شريح هو ابن الحارث بن قيس و هو كندى يكنى ابامية كذا قال الامام اليافعي هو من كبار التابعين و استقضاه عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه على الكوفة فاقام قاضيا خمسا و سبعين سنة لم يتعطل فيها الا ثلاث سنين امتنع فيها من القضاء في فتنة الزبير و استعفى الحجاج بن يوسف من القضاء فاعفاه و لم يقض بين اثنين حتى مات كان ذا فطنة و اعلم الناس بالقضاء ذا عقل شاعرا توفى سنة سبع و ثمانين و هو ابن مائة سنة و قيل سنة اثنين و ثمانين و قيل سنة ثمان=>

في هذه الحادثة لبساً فلبس عليهما، و لو بينا لبين لهما، و هو ابنهما يرثهما و يرثانه، و هو للباقي منهما، و كان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم و عن علي رضي الله عنه مثل ذلك، و لانهما

التابعين عاش مائة و عشرين سنة و استقر بها زمان عمر رضي الله تعالى عنه على الكوفة و لم يزل بعد ذلك قاضياً خمساً و سبعين سنة و لم يتعطل عنها الا ثلاث سنين امتنع فيها من القضاء في فتنة ابن الزبير رضي الله تعالى عنه، و مات سنة تسع و سبعين، و يقال سنة ثمانين (في هذه الحادثة) و هي التي كانت فيها دعوى الشريكين معا الولد الذي ولدته الجارية المشتركة بينهما (لبسا) اي الشريكان، من لبس الامر على فلان تلبيساً اذا غماه عليه (فلبّس عليهما) اي النسب بينهما (و لو بينا لبين لهما، و هو ابنهما يرثهما و يرثانه، و هو للباقي منهما) اي الولد للباقي من الشريكين يعني اذا مات الولد بعد موت احدهما يكون الميراث للاب الحي و لاشيء لورثة الشريك (و كان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم) اراد (١) به ارادة في سرير المجمع عليه. و قال الاترازي يحل محل الاجماع، و الحديث رواه البيهقي(٢) اخرجه عن مبارك بن فضالة عن الحسن عن عمر رضي الله تعالى عنه في رجلين وطئا جارية في طهر واحد فجاءت بغلام فارتفعا الى عمر رضي الله تعالى عنه فدعى له ثلاثة من القافة فاجتمعوا على انه قد اخذ الشبه منهما جميعا و كان عمر قائفا يقوف فقال قد كانت الكلبة ينزو عليها الكلب الاسود و الاصفر و الانمر فتودي الى كل كلب شبهه، و لم اكن ارى هذا في الناس حتى رأيت هذا، فجعله عمر لهما يرثهما و يرثانه، و هو للباقي منهما. و قال البيهقي هذا منقطع و مبارك بن فضالة ليس بحجة. (و عن علي رضي الله تعالى عنه مثل ذلك) اي مثل ما روى عن عمر رضي الله تعالى عنه، و اخرجه الطحاوي(٣) في شرح الآثار عن سماك عن مولى لبنى مخزوم قال وقع رجلان على جارية في طهر واحد، فعلقت الجارية، فلم يدر من ايهما هو فأتيا عليا رضي الله تعالى عنه، فقال هو لكما يرثكما و ترثانه، و هو للباقي منكما (و لانهما) اي الشريكان

=> و سبعين و قيل سنة ثمانين و قيل سنة تسع و سبعين و قيل سنة ست و سبعين و هو ابن مأة و عشرين سنة و قيل مائة و ثمان سنين. كذا قال ابن خلقان و راجع لمزيد احوال شريح تهذيب التهذيب لابن حجر ص٣٢٦ ج٤.

(١) اراد به الخ و في العناية و كان بمحضر من الصحابة يروم به ابرازه في مبرز المجمع عليه. (٢) البيهقي في سننه باب القافة و دعوى الولد ص٢٦٤ ج١٠ و راجع لتفصيل احاديث الباب و آثاره نصب الراية ص٢٩١ ج٣ و فتح القدير ص٣٤٢ ج٤. (٣) الطحاوي باب حكم الولد اذا ادعاه الرجلان ص٢٦٦ ج٢ و رواه عبدالرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ص٢٩١ ج٣.

استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه. و النسب و ان كان لايتجزأ و لكن يتعلق به احكام متجزئة فما يقبل التجزئة يثبت في حقهما على التجزئة، و ما لايقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كملاً كأن ليس معه غيره، الا اذا كان احد الشريكين أبا لآخر، او كان احدهما مسلماً و الآخر ذمياً لوجود المرجح في حق المسلم و هو الاسلام، و في حق الاب و هو ماله من الحق في نصيب الابن و سرور النبي عليه الصلوة

(استويا في سبب الاستحقاق) اراد السبب(١) لان الاستحقاق يثبت لا بالملك كان ثابتاً من قبل، فلو لم تكن الدعوة ما كان يستحق بمجرد الملك انتهى. قلت اراه الكاكي، فانه قال سبب استحقاق الملك. و قال الاكمل(٢) استحقاق الملك و قيل الدعوة (فيستويان فيه) اي في الاستحقاق (و النسب و ان كان لايتجزأ) جواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى لان اثبات النسب.... الى آخره، و تقريره النسب و ان كان لايتجزأ (و لكن يتعلق به احكام متجزئة) كالنفقة و ميراث الولد و ولاية التصرف في ماله (فما يقبل التجزئة يثبت في حقهما على التجزئة و ما لايقبلها) اي التجزئة (يثبت) كثبوت النسب و ولاية الانكاح (في حق كل واحد منهما كملا كان ليس معه غيره) لعدم قبول التجزئة (الا اذا كان احد الشريكين أبا لآخر) هذا استثناء من قوله - و ما لايقبلها - اي ما لايقبل التجزئة كالنسب في حق كل واحد منهما الا اذا كان احد الشريكين ابا للآخر فادعيا معاً ولد جارية بينهما يكون الاب اولى لوجود الترجيح و على الاب نصف قيمة الجارية، و على كل واحد نصف العقر، فيتقاصان (او كان احدهما مسلماً و الآخر ذمياً) فادعياه معاً، فالمسلم اولى (لوجود المرجح في حق المسلم، و هو الاسلام، و في حق الاب) اي وجود المرجح في حق الاب (و هو ماله من الحق في نصيب الابن) لان للاب حقيقة الملك في نصيبه و شبهة الملك في نصيب ابنه، و اذا اسلم المدعي ثم ولدت الامة فادعياه معاً ثبت نسبه منهما لاستواء حالهما، و اذا كانت الدعوى من ذمي و مرتد فالولد للمرتد، لانه اقرب الى الاسلام و غرم كل واحد لصاحبه نصف العقر، كذا في الشامل ثم اعلم ان النسب يثبت من اثنين باتفاق اصحابنا و فيما كثر من ذالك اختلفوا، فعن ابي يوسف(٣) رحمه الله تعالى من اثنين فقط. و قال محمد رحمه الله تعالى من ثلاثة لا غير و عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى كما يثبت نسبه من اثنين ثبت نسبه من ثلاثة و اربعة و خمسة و اكثر (و سرور النبي صلى الله عليه

---

(١) اراد السبب الخ لعل في العبارة تصحيفا. (٢) الاكمل في العناية و في فتح القدير ص٣٤٢ ج٤ سبب الاستحقاق يعني الدعوة مع الملك فيستويان فيه. (٣) فعن ابي يوسف الخ كذا في الفتح.

و السلام فيما روي، لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة رضي الله تعالى عنه و كان قول القائف مقطعاً لطعنهم فسر به، و كانت الامة ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد، فيصير نصيبه منها ام ولد تبعاً(١) لولدها، و على كل واحد منهما نصف العقر قصاصاً بماله على الآخر، و يرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل، لانه اقر له بميراثه كله، و هو حجة في حقه، و يرثان منه ميراث اب واحد لاستوائهما في السبب كما اذا اقاما البينة. و اذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه، و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه لايعتبر تصديقه اعتباراً بالاب يدعي ولد جارية ابنه،

وسلم) هذا جواب لاحتجاج الخصم بقوله و قد سر النبي صلى الله عليه وسلم بقول القائف تقريره ان سرور النبي صلى الله عليه وسلم (فيما روى) يجوز على صيغة المعلوم، اي فيما روى الشافعي رحمه الله تعالى و يجوز ان يكون على صيغة المجهول (لان الكفار كانوا يطعنون) بضم العين من باب نصر، يقال طعن عليه في حسبه طعنا و طعنانا(٢) (في نسب اسامة رضي الله تعالى عنه و كان قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به) اي فلاجل ذلك سر به النبي صلى الله عليه وسلم (و كانت الامة ام ولد لهما) اي للشريكين (لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد، فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعاً لولدها و على كل واحد منهما نصف العقر قصاصاً بما له) على الآخر بفتح اللام، اي بالذي له (و يرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل، لانه اقر له بميراثه كله، و هو حجة في حقه، و يرثان منه ميراث اب واحد لاستوائهما في السبب) و هو الدعوة (كما اذا اقاما البينة)(٣) اي كل واحد على ابن مجهول النسب يكون ذلك بينهما فكذا هذا (و اذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه، فان صدق المكاتب ثبت نسب الولد منه، و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه لايعتبر تصديقه) اي تصديق المكاتب يعني يثبت النسب بمجرد دعوى المولى (اعتبارا بالاب يدعى ولد جارية ابنه) و قد حملت في ملك الابن لايشترط التصديق، بل يثبت النسب بمجرد دعوة الاب فكذا هذا بل اولى، لان دعوة المولى اقوى من دعوة الاب، لان المولى له حق في مكاسب المكاتب، لان مال الكتابة موقوف على مولاه، لان

---

(١) ام ولد تبعا -ن- ام ولد له تبعا. (٢) طعنانا - بفتح الطاء و العين من باب نصر و ضرب لسان العرب.
(٣) البينة و في الكفاية - اي اذا اقاما البينة على شيء واحد يكون ذالك الشيء بينهما على السواء فكذا هذا و اما اذا اقاما البينة على مجهول النسب فالحكم هكذا انتهى و كذالك في العناية و الفتح.

و وجه الظاهر و هو الفرق ان المولى لايملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى لايتملكه و الاب يملك تملكه، فلا معتبر بتصديق الابن، و عليه عقرها لانه لايتقدمه الملك لان ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد ، لما نذكره و قيمة ولدها لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلاً و هو انه

المكاتب عبد ما بقي عليه درهم (و وجه الظاهر و هو الفرق) بين استيلاد جارية الابن حيث يثبت فيه النسب بغير تصديق، و جارية المكاتب حيث يشترط فيها التصديق (ان المولى لايملك التصرف في اكساب مكاتبه) لحجره على نفسه (حتى لايتملكه) اي لايتملك كسب المكاتب عند الحاجة (و الاب يملك تملكه) اي تملك مال ابنه لانه لم يحجر على نفسه (فلا معتبر بتصديق الابن، و عليه عقرها) اي و على المولي عقر جارية المكاتب (لانه لايتقدمه الملك) قال الاكمل لان الملك لايتقدم الوطئ. قال الاترازي الضمير المنصوب راجع الى الوطء الذي دل عليه قوله وطئ (لان ماله من الحق كاف) اي لان ماله من حق الملك كاف (لصحة الاستيلاد لما نذكره)(١) اي نذكر الحق الذي للمولى على المكاتب لانه في مال المكاتبة قال الاترازي في قول صاحب الهداية نظر، لانه قال ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد اي ما ثبت للمولى من الحق كاف لصحة الاستيلاد ، و المفهوم منه ثبوت استيلاد جارية المكاتب و المنصوص في الكتب عن اصحابنا ان الاستيلاد لايثبت، و هو نفسه يصرح بهذا ايضا بعد خطين بقوله - و لاتصير الجارية ام ولد له - اي للمولى، فاذا لم تصر الجارية ام ولد له فمن اين يصح الاستيلاد انتهى. و قال الاكمل بعد ان نقل كلام الاترازي برمته فقال قيل في كلام المصنف نظر، ثم قال و الجواب ان دلالة لفظ الاستيلاد على طلب نسب الولد اقوى من دلالته على كونه ام ولد، فكان المراد بقوله - لصحة الاستيلاد - لصحة نسب الولد بدلالة ما بعده فان المصنف اجل قدراً من ان يقع بين كلاميه في سطرين تناقض، قال (و قيمة ولدها لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلاً و هو انه) اي ان الولد

---

(١) نذكره و في العناية اي نذكر الحق الذي للمولى على المكاتب في كتاب المكاتب و في الكفاية لما نذكره و هو قوله حيث اعتمد دليلا و هو انه كسب كسبه و في فتح القدير لما نذكره يعني من قوله عقيبه انه كسب كسبه بخلاف الاب فانه ليس له حق ملك في الجارية فيتقدم ملكه اياها لتصحيح الاستيلاد فلايجب العقر لانه وطئ امة نفسه و اذا وجب لنفس المكاتبة العقر اذا وطئها المولى مع ثبوت حقيقة ملكه فيها فلان يجب بوطئ امتها اولى و ابعد شارح فقال اي لما نذكره في كتاب المكاتب من انه يثبت للمولى في ذمة المكاتب حق مع ان مجرد ثبوت حق في ذمة سيد امة لايصحح استيلاد صاحب الدين فلقد تناوله من مكان بعيد و هو اقرب اليه من حبل الوريد انتهى.

كسب كسبه فلم يرض برقه، فيكون حراً بالقيمة ثابت النسب منه، و لا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور، و ان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لما بينا انه لابد من تصديقه فلو ملكه يوماً ثبت نسبه منه لقيام الموجب و زوال حق المكاتب اذ هو المانع.

(كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة) دفعاً للضرر عن المكاتب (ثابت النسب منه و لاتصير الجارية ام ولد له) اي للمولى (لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور) قال الاترازي(١) كان ينبغي ان يقول كما في المغرور بلا ذكر الولد على معنى ان الجارية لا تصير ام ولد للمغرور لعدم الملك فيها حقيقة كما ان الجارية لاتصير ام ولد للمغرور لعدم الملك فيها و الجواب ان قوله في ولد المغرور متعلق بقوله فيكون حراً بالقيمة ثابت النسب منه و حينئذ لابد من ذكر الولد و على تقدير ان يكون متعلقا بقوله لاتصير الجارية ام ولد له، لانه لا ملك فيها حقيقة فتقديره كما في ام ولد المغرور (و ان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت) هذا معطوف على قوله - فان صدقه المكاتب - (لما بينا انه لابد من تصديقه فلو ملكه يوماً) يعني لو ملك المولى ولد الجارية الذي ادعاه بعد تكذيب المكاتب دعواه (يوما) من الدهر (ثبت نسبه منه لقيام الموجب) و هو الاقرار بالاستيلاد (و زوال حق المكاتب اذ هو المانع) و قد زال ذلك فيثبت النسب لزوال المانع و الله اعلم. فروع و في التكملة و لايحل للمولى وطء مكاتبته. و لو وطئها فعليه عقر، و في الاسبيجابي لو علقت منه كانت بالخيار ان شاءت عجزت نفسها فصارت ام ولد، و ان شاءت مضت على الكتابة و اخذت عقرها، و في التنبيه يلزمه عقرها، و ان احلها تصير ام ولد له، فان ادت الكتابة عتقت و تعتق بموت سيدها ايضاً. و في المغني(٢) و وطء المكاتبة بغير شرط حرام عند الجمهور و الائمة الاربعة رحمهم الله تعالى و لو شرط وطأها فهو باطل ايضا عند الجمهور و قال احمد و ابن المسيب له ذلك عند الشرط، و لا حد عليه عند اهل العلم. و عن الحسن و الزهري يحد و لو وطئ جارية مكاتبه فعليه عقرها، و هو قول الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى لاشيء عليه، لانها ملكه. و في المحيط(٣) يجوز اعتاق ام الولد، و كتابتها لتعجيل الحرية. و كذا تدبيرها، و في غيرها لايصح تدبيرها. و في جوامع الفقه(٤) استولد مدبرته و بطل التدبير و تعتق من جميع المال، و لاتسعى في الدين. و لو باع خدمة ام الولد منها جاز، و عتقت كما لو باع رقبة العبد منه هكذا(٥) رواه ابن سماعة عن ابي يوسف

---

(١) قال الاترازي الخ كذا في العناية. (٢) المغنى ص٣٨٨ ج١٢. (٣) المحيط الخ كذا في الفتح ص٣٤٧ ج٤.
(٤) جوامع الفقه الخ كذا في الفتح. (٥) هكذا رواه ابن سماعة الخ لم ادرك مأخذه.

كتاب الأيمان

قال الأيمان على ثلاثة اضرب، اليمين الغموس، و يمين منعقدة، و يمين لغو

بيع الخدمة باطل و لاتعتق بخلاف رقبتها منها حيث تعتق و لو(١) ولدت منه جارية غيره و قال احلها لي مولاها و الولد ولدي و صدقه المولى في الاحلال و كذبه في الولد لم يثبت نسبه و ان ملكها يوما ثبت نسبه و صارت ام ولد له و لو صدقه في الولد ثبت نسبه و هو عبد لمولاه، و الله سبحانه و تعالى اعلم و صلى الله على سيدنا محمد و على آله و صحبه وسلم.

(كتاب الأيمان)

أى هذا كتاب في بيان احكام الأيمان، و هو جمع يمين و هو في اللغة القوة، و منه قوله تعالى لاخذنا منه باليمين(٢) اي بالقوة و في الشريعة(٣) عقد قوى به عزم الحالف على الفعل او الترك. و قال النسفي اليمين تقوية احد طرفي الجزء بالقسم به و طرفا الجزء الصدق و الكذب. و اليمين على ضربين يمين هي قسم، و هو اليمين بالله عزوجل و يمين هي الشرط و الجزاء مثل تعليق الطلاق و العتاق و نحو ذلك بشرط و هو يمين بعرف اهل الشرع و اسماؤه ستة(٤) قسم و يمين و حلف و عهد و ميثاق و ايلاء. و لليمين شرط، و هو كون الحالف مكلفا و سبب(٥) و هو ارادة تحقيق ما قصده و ركن و هو اللفظ الذي ينعقد به اليمين و حكم و هو البر، فيما يجب البر فيه و الكفارة على فواته و انما قيد فيما يجب فيه البر، لان من الايمان ما يجب فيه الحنث على ما يجئ ان شاء الله تعالى (قال) اي القدوري (الايمان على ثلاثة اضرب) اي على ثلاثة انواع (اليمين الغموس و يمين منعقدة و يمين لغو) قال في المغرب(٦) الصواب ان يقال على ثلاث اضرب و ان كانت الرواية محفوظة بالتاء فعلى تاويل الاقسام. قوله - يمين الغموس - قال الاترازي هذا من اضافة الجنس الى نوعه كقولهم علم الطب، فخرج منه الجواب عما يقال ان الموصوف لايضاف الى صفته و بالعكس. و قال الكاكي الاصح عند النحاة اليمين الغموس صفة لليمين، و ما قيل انه من اضافة الجنس الى نوعه كعلم الطب غير صحيح، لان الطب ليس بصفة ثم وجه الانحصار بين

(١) و لو ولدت الخ كذا في البحر ص٣٠٠ ج٤ عن التبيين. (٢) باليمين - الحاقة - ٤٥. (٣) و في الشريعة الخ راجع لتحقيق المقام فتح القدير و الاوجز كتاب النذور و الايمان ص١١٦ ج٤ و عمدة القاري كتاب الايمان ص١٦٣ ج٢٣ و فتح الباري كتاب الايمان ص٦٣٣ ج١١ و المغني ص١٦٠ ج١١. (٤) ستة الخ كذا في الفتح. (٥) و سبب الخ كذ في العناية. (٦) المغرب مادة يمن و لفظه و قولهم الايمان ثلاثة الصواب ثلاث و ان كانت الرواية محفوظة فعلي تاويل الاقسام الخ و في المغرب مادة غمس اليمين الغموس و في بعض النسخ يمين الغموس (بالاضافة) خطأ لغة و سماعاً انتهى و كذا في فتح القدير ص٣٤٩ ج٤.

فالغموس هو الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب فيه

الثلاثة ان اليمين لايخلو اما ان يكون فيها مواخذة، اولا و الثاني الاخير، و الاول ان كانت المؤاخذة في الدنيا فهو المنعقدة. و ان كانت المواخذة في العقبى فهو الغموس، و في الايضاح و الاقسام الثلاثة انما تتأتى في اليمين بالله تعالى و اليمين في وجوب الحفظ اربعة انواع(١) ما يجب فيها البر و هو الحلف على فعل طاعة او ترك(٢) معصية، و ذلك فرض عليه، و بالحلف يزداد وكادة و ما لايجوز حفظها و هو الحلف على ترك طاعة او فعل معصية و ما يخير فيه بين الحنث و البر، و الحنث خير من البر فيندب فيه الحنث، قال عليه الصلوة و السلام من حلف(٣) على يمين و رأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير... الحديث و ادنى الامر الندب، و ما يستوى فيه البر و الحنث في الاباحة فيتخير بينهما و حفظها اولى لقوله تعالى و احفظوا ايمانكم(٤) و حفظ اليمين يكون بالبر بعد وجودها و متى حنث في اليمين المنعقدة فعليه الكفارة بالنص و اجماع الامة. و الغموس على وزن فعول للمبالغة سميت به(٥) لانها تغمس صاحبها في النار، و قيل لانها تغمس صاحبها في الاثم لانه تعمّد فيها الكذب (فالغموس هو الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب فيه) على اثبات شيء او نفيه و سواء كان ماضيا او حالاً نظير الماضي قول الرجل و الله ما فعلت ذلك الامر، و هو عالم بانه فعله و نظير الحال قوله و الله انه زيد مع علمه انه عمرو، و ما اشبهه. و قول المصنف - على أمر ماض هو عبارة القدوري فكذالك اقتصر المصنف عليه و ليس قوله - على أمر ماض - قيدا لان الماضي و الحال سواء لان الغموس يتحقق في الحال ايضا و لكنه اقتصر على الماضي بناء على الغالب لا ان الماضي شرط، و لهذا صرح صاحب التحفة وغيره ان الغموس يتحقق في الحال ايضا و في شرح الكافي(٦) اليمين الغموس ليست بيمين في الحقيقة لان اليمين عقد مشروع و هذه كبيرة محضة، و هي ضد المشروع، و لكن سمي يميناً مجازاً لان ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين(٧) و في البخاري(٨) عن عبدالله بن عمرو رضي الله تعالى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الكبائر

---

(١) اربعة انواع الخ كذا في المبسوط للسرخسي في اوائل كتاب الايمان ص١٢٧ ج٨ و كذا في الكفاية ص٣٥١ ج٤. (٢) ترك - ن - امتناع. (٣) من حلف الخ سيأتي تخريجه في فصل الكفارة. (٤) ايمانكم الآية - المائدة - ٨٩. (٥) سميت به الخ و لفظ العناية لانها تغمس صاحبها في الاثم ثم في النار. (٦) شرح الكافي اي المبسوط للسرخسي ص١٢٧ ج٨. (٧) صورة اليمين كما سمى رسول الله صلى الله عليه وسلم بيع الحر بيعا مجازا لان ارتكاب تلك الكبيرة لاستعمال صورة البيع المبسوط و العناية. (٨) البخاري كتاب الايمان و النذور باب اليمين الغموس ص٩٨٧ ج٢.

فهذه اليمين ياثم فيها صاحبها لقوله عليه الصلوة و السلام من حلف كاذبا ادخله الله النار، و لا كفارة فيها الا التوبة و الاستغفار، و قال الشافعي رحمه الله تعالى فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى و قد تحقق بالاستشهاد بالله كاذباً فاشبه المعقودة. و لنا انها كبيرة محضة،

الاشراك بالله و عقوق الوالدين و اليمين الغموس (فهذه اليمين ياثم فيها صاحبها لقوله عليه الصلوة و السلام) اى لقول النبي صلى الله عليه وسلم (من حلف كاذباً ادخله الله النار) هذا الحديث(١) غريب بهذا اللفظ، و لكن ورد في صحيح ابن حبان من حديث ابي امامة رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرء مسلم، حرم الله عليه الجنة و ادخله النار. و في الصحيحين(٢) من حديث ابن مسعود رضي الله تعالى عنه لقي الله و هو عليه غضبان. و في سنن ابي داود(٣) من حديث عمران بن حصين رضي الله تعالى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين مصبورة كاذبا فليتبوأ بوجهه مقعده من النار، و قال ابن الاثير(٤) الزم بها و حبس عليها و كانت لازمة لصاحبها من جهة الحكم، و قيل لها مصبورة و ان كان صاحبها هو المصبور، لانه انما صبر من اجلها، اي حبس و وصفت بالصبر و اضيفت اليه مجازاً (و لا كفارة فيها الا التوبة و الاستغفار) و به قال مالك(٥) و احمد رحمهما الله تعالى و اكثر اهل العلم منهم عبدالله بن مسعود و عبدالله بن عباس رضي الله تعالى عنهم و سعيد بن المسيب و الحسن البصري و الاوزاعي و الثوري و الليث و ابوعبيد و ابوثور و اصحاب الحديث و داود الظاهري رحمهم الله تعالى (و قال الشافعي رحمه الله تعالى فيها الكفارة) و هو قول الزهري و محمد بن مسلم و عطاء بن ابي رباح (لانها) اي لان الكفارة (شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى) فيه تتابع الاضافات (و قد تحقق) اي الهتك (بالاستشهاد بالله) اي الحلف بالله حال كونه (كاذباً فاشبه المعقودة) اي اليمين المعقودة (و لنا انها) اي اليمين الغموس (كبيرة محضة) لما روى البخاري من حديث عبدالله بن عمرو قال قال النبي صلى الله عليه وسلم من الكبائر الاشراك بالله و قد مضى الآن،

---

(١) هذا الحديث الخ راجع للبحث الحديثي نصب الراية ص٢٩٢ ج٣ و فتح القدير ص٣٤٨ ج٤. (٢) الصحيحين البخاري ص٩٨٧ ج٢ و مسلم كتاب الايمان باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار ص٨٠ ج١. (٣) ابي داود كتاب الايمان و النذور في اوائله ص١٠٦ ج٢. (٤) ابن الاثير في النهاية ص٨ ج٣. (٥) و به قال مالك الخ راجع اعلاء السنن كتاب الايمان باب تعريف الغموس ص٣٤٠ ج١١ و المغني ص١٧٧ ج١١ و عمدة القاري كتاب الايمان باب اليمين الغموس ص١٩٣ ج٢٣ و فتح الباري باب اليمين الغموس ص٦٨٢ ج١١.

و الكفارة عبادة تتادى بالصوم و يشترط فيها النية، فلاتناط بها، بخلاف المعقودة لانها مباحة

و لو كان بها كفارة لذكرها. و قال الكاكي و للجمهور(١) قوله عليه الصلوة و السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن، و عد منها اليمين الفاجرة، رواه ابو الفرج. و قال ابن المنذر لانعلم خبرا يدل على ما قال الشافعي رحمه الله تعالى من وجوب الكفارة (و الكفارة عبادة) حتى (تتأدى بالصوم، و يشترط فيها النية) و المشروعات(٢) ثلاثة انواع: عبادة محضة و سببها مباح محض و عقبوة محضة و سببها حرام محض، و كفارات مترددة بين العبادة و العقوبة، و يشترط لها النية كسائر العبادات و النية لاتشترط في العقوبات (فلاتناط بها) اي فلا تناط الكفارة بالكبيرة يعني ان اليمين الغموس لما كانت كبيرة محضة لم تكن مناطاً للكفارة التي هي عبادة، بدليل ادائها بالصوم (بخلاف المعقودة) اي بخلاف اليمين المنعقدة فانها ليست بكبيرة (لانها مباحة) فجاز ان يناط بها العبادة. و قال الاكمل(٣) و فيه بحث من وجوه. الاول: لو كان ما ذكرتم صحيحاً لما وجبت الكفارة على المظاهر لكون الظهار منكراً من القول وزوراً، و هذا نقض

---

(١) و للجمهور الخ و في اعلاء السنن ص٣٤٤ ج١١ عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه مرفوعا خمس ليس لهن كفارة الشرك بالله و ذكر الحديث و فيه و يمين بغير حق رواه احمد (في مسنده ص٤٧ ج٣ حديث ٨٥٢٠ طبع جديد و ص٣٦٢ ج٢ طبع قديم) و ابو الشيخ باسناد حسن كذا في العزيزي ص٢٩٦ ج٤ و في فتح القدير ص٣٥ ج٤ باسناد جيد صرح بجودته ابن عبدالهادي انتهى و في الجوهر النقي مع البيهقي باب ماجاء في اليمين الغموس ص٣٨ ج١٠ و في الاشراف لابن المنذر قال الحسن اذا حلف على امر كاذبا يتعمده فليس فيه كفارة و به قال مالك و الاوزاعي و الثوري و من تبعهم من اهل المدينة و الشام و العراق و احمد و اسحاق و ابوثور و اصحاب الحديث و اصحاب الرأى و قال الشافعي فيها الكفارة و لانعلم خبرا يدل على ذالك و الكتاب و السنة دالة على الاول. (٢) و المشروعات الخ و قد بينه صاحب الكفاية ص٣٤٩ ج٤ مبسوطا و لفظه المشروعات تنقسم ثلاثة اقسام عبادة محضة و سببها مباح محض و عقوبة محضة كالحدود و سببها محظور محض و كفارات و هي تتردد بين العبادة و العقوبة فمن حيث انها لاتجب الاجزاء تشبه العقوبة و من حيث انه يعني بها و لاتتأدى الا بنية العبادة و تتأدى بما هو محض العبادة كالصوم تشبه العبادة فينبغي ان يكون سببها مترددا بين الحظر و الاباحة و ذالك المعقودة على امر في المستقبل باعتبار تعظيم حرمة اسم الله تعالى مباح و باعتبار هتك هذه الحرمة بالحنث محظور فيصلح سببا للكفارة فاما الغموس فمحظور محض لان الكذب بدون الاستشهاد بالله محظور محض فمع الاستشهاد بالله تعالى اولى فلايصلح سببا للكفارة انتهى و كذالك في المبسوط للسرخسي ص١٢٨ ج٨. (٣) الاكمل في العناية ص٣٤٩ ج٤.

و لو كان فيها ذنب فهو متاخر متعلق باختيار مبتدا و ما في الغموس ملازم، فيمتنع الالحاق و المنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل ان يفعله او لايفعله، و اذا حنث في ذلك لزمته الكفارة، لقوله تعالى لايؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم و لكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان و هو ما ذكرنا و يمين اللغو ان يحلف على امر ماض، و هو يظن انه كما قال

اجمال. الثاني: لما وجبت بالادنى وجبت بالاعلى بطريق الاولى. الثالث: الكبيرة سيئة و العبادة حسنة و أتباعها اياها مباح لها لقوله عليه الصلوة و السلام اتبع السيئة(١) الحسنة تمحها و الجواب عن الاول: ان الكفارة لم تجب بالظهار بل بالعود الذي هو العزم على الوطء و هو مباح. و عن الثاني: بانه لايلزم من رفع الاضعف بشيء رفع الاقوى به. و عن الثالث بان الحسنة تمحو السيئة المقابلة لها، و مقابلة هذه الحسنة بهذه السيئة ممنوعة، بل المظنون خلاف المقابلة لقوله عليه الصلوة و السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن... الحديث و قوله و لو كان فيها ذنب هذا جواب عما يقال المباح هو ما لا يكون فيه ذنب، و المنعقدة فيها ذنب، فلاتكون مباحة فلاتناط بها العبادة كما ذكرتم (و لو كان فيها) اي في المنعقدة (ذنب فهو متاخر) عن اليمين بالحنث (متعلق باختيار مبتدأ) يعني بفعل اختياري (و ما في الغموس ملازم) اي ما في الغموس من الذنب ملازم لايفارقها لا ابتداء و لا انتهاء، فاذا كان كذلك (فيمتنع الالحاق بها) اي بالمنعقدة فلايصح الحاق الغموس بالمنعقدة قياساً عليها. و قال الاكمل و في هذا الجواب تلويح الى الجواب عن قوله فاشبه المعقودة (و المنعقدة) اي اليمين المنعقدة (ما يحلف) الحالف (على أمر في المستقبل ان يفعله او لايفعله) مثال الفعل و الله لادخلن دارك مثلاً، و مثال عدم الفعل و الله لا اكلم فلاناً مثلاً (و اذا حنث في ذلك) اي في اتيانه باليمين المنعقدة (لزمته الكفارة، لقوله تعالى لايؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم، و لكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان(٢) و هو ما ذكرنا) اي المراد من قوله تعالى بما عقدتم الأيمان ما ذكرنا من قولنا، و المنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل ان يفعله او لايفعله يعني حقيقة ما نص في الآية ما ذكرنا، (و يمين اللغو(٢) ان يحلف على أمر ماض و هو) اي الحال انه (يظن انه كما قال) يعني ظن ان الامر كما ذكره كقوله و الله لقد

---

(١) اتبع السيئة الحديث اخرجه الترمذي في ابواب البر، باب ما جاء في معاشرة الناس ص٢٠ ج٢ عن ابي ذر رضي الله تعالى عنه مرفوعا. (٢) الايمان - البقرة - ٢٢٥. (٣) و يمين اللغو الخ راجع الاوجز عنوان اللغو في اليمين ص١٣٧ ج٤ و اعلاء السنن باب تفسير لغو اليمين ص٣٤٩ ج١١ و المغني ص١٧٩ ج١١ و فتح الباري كتاب التفسير في تفسير المائدة ص٣٥٠ ج٨ و عمدة القاري كتاب التفسير باب قوله تعالى لايؤاخذكم الله في ايمانكم ص٢٠٦ ج١٨ و اوائل كتاب الايمان و النذور ص١٦٣ ج٢٣.

و الامر بخلافه فهذه اليمين نرجو ان لايؤاخذ الله بها صاحبها، و من اللغو ان يقول و الله انه لزيد و هو يظنه زيدا و انما هو عمرو و الاصل فيه قوله تعالى لايؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم و لكن يؤاخذكم ... الآية الا انه علقه بالرجاء

دخلت الدار والله ما كلمت زيداً (و الامر بخلافه) اي و الحال ان الامر بخلاف ما كان يظنه (فهذه اليمين) اي يمين اللغو هذه حكمها (نرجو ان لايؤاخذ الله بها) اي بهذه اليمين اللغو (صاحبها) و ذلك لان يمين اللغو لا حكم لها اصلاً لقوله تعالى لايؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم(١) اي لا يعاقبكم بلغو اليمين الذي يحلفه احدكم بالظن. و في الشامل و عن الشافعي رحمه الله تعالى اللغو اليمين التي لم يقصدها في الماضي و المستقبل، و هو احدى الروايتين عن محمد رحمه الله تعالى و في التحفة قال الشافعي رحمه الله تعالى فيمين اللغو هي اليمين التي تجري على لسان الحالف من غير قصد، مثل قوله لا و الله، بلى و الله، او كان يقرأ القرآن، فجرى على لسانه اليمين. و قال الكاكي و عن محمد يمين اللغو هو قول الرجل لا و الله و بلى و الله في كلامه و هو مروي عن عائشة رضي الله تعالى عنها موقوفاً(٢) و مرفوعاً. و عن ابن عباس رضي الله عنه في رواية و به قال الشافعي و احمد و محمد رحمهم الله تعالى في رواية. و قال الشافعي في رواية مثل ما ذكرها صاحب التحفة، و هو قول احمد في رواية و عن مالك ان اللغو هو اليمين الغموس، كذا نقله عنه الشافعي و قال ابراهيم النخعي لغو اليمين ان يحلف ناسياً على ماض او مستقبل. و قال الشعبي و مسروق لغو اليمين ان يحلف على معصية، و يتركها، فيكون لاغياً ليمينه. و قال سعيد بن جبير لغو اليمين أن يحرم على نفسه ما احل الله له من قول او عمل (و من اللغو) اي و من يمين اللغو (ان يقول الرجل و الله انه لزيد، و هو) اي و الحال أنه (يظنه زيداً و انما هو عمرو) و كذا اذا رأى طائراً من بعد فظنه غراباً فقال و الله انه غراب فاذا هو حمام (و الاصل فيه) اي في اللغو اليمين (قوله تعالى لايؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم و لكن يؤاخذكم الآية)(٣) بما عقدتم الايمان و قد مر تفسيره الآن (الا انه علقه بالرجاء) اي غير ان محمداً علقه بالرجاء. قال الكاكي هذا جواب عن سؤال مقدر، ذكره في المبسوط(٤) فان قيل ما معنى تعلق

---

(١) في ايمانكم الآية - البقرة - ٢٢٥. (٢) موقوفا عند البخاري كتاب التفسير في تفسير المائدة ص٦٦٤ ج٢ و مرفوعا عند ابي داود كتاب الايمان و النذور باب لغو اليمين ص١١٤ ج٢ و راجع لآثار الباب التفسير الدر المنثور للسيوطي و التعليق المجد حاشية المؤطا للامام محمد باب اللغو من الايمان ص٣٢٩ و البيهقي و عبد الرزاق. (٣) الآية ٢٢٥ البقرة. (٤) المبسوط للسرخسي ص١٣٠ ج٨ و كذالك في الشروح الثلاثة للهداية ص٣٥١ ج٤ و مابعده.

للاختلاف في تفسيره.

محمد بنفي المؤاخذة بالرجاء و عدم المؤاخذة في اللغو منصوص، و ما عرف بالنص فهو مقطوع به. قلنا نعم، و لكن صورة تلك اليمين مختلف فيها فعلق بالرجاء نفي المؤاخذة في اللغو بالصورة التي ذكرها، و ذلك غير معلوم بالنفي، مع انه لم يرد بذلك اللفظ التعليق بالرجاء بل اراد به التعظيم و التبرك بذكر اسم الله تعالى كما روى انه عليه الصلوة و السلام كان اذا مر بالمقابر، فقال السلام عليكم دار قوم مؤمنين و انا ان شاء الله بكم لاحقون. و ما ذكر الاستثناء بمعنى الشك فانه كان يتيقن بالموت، قال الله تعالى انك ميت الآية، و لكن معنى ذكر الاستثناء ما ذكر من الاختلاف في تفسير اللغو على ما ذكرناه و على ما نذكره ان شاء الله تعالى، و قال الاترازي قوله الا انه علقه بالرجاء هذا جواب سؤال مقدر بان، يقال كيف علق القدوري عدم المؤاخذة بالرجاء في قوله فهذه اليمين نرجو ان لايؤاخذ الله بها صاحبها، و عدم المؤاخذة مقطوع بالنص في اللغو، قال الله تعالى لايؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم فاجاب عنه و قال نعم لكن (للاختلاف في تفسيره) اي في تفسير اللغو، فاورث شبهة، فلهذا لم يقطع القول بعدم المؤاخذة فيما فسره من اللغو، و قد اقتدى القدوري بمحمد بن الحسن رحمه الله، انتهى. قلت هذا كما رأيت فاعل قوله علقه لمحمد بن الحسن على ما ذكر الكاكي، و على ما ذكره الاترازي هو القدوري، فتامل ايهما اصوب و قال الزجاج في تفسير اللغو(١) يقال لغوت الغو و لغوت الغى لغواً مثل محوت امحو و امحى محوا و يقال لغيت في الكلام الغى لغواً اذا اتيت بلغو، او كل

(١) اللغو الخ راجع عمدة القاري كتاب التفسير تفسير المائدة ص٢٠٦ ج١٨ و لسان العرب و الصحاح للجوهري مادة لغا و في عبارة البناية المخطوطة و المطبوعة ابهام فبقى المصحح عطشان. نعم في العمدة يقال لغا في القول يلغو و يلغى لغوا و لغى لغا و لغاة اخطأ و كلمة لاغية. فاحشة و لغا يلغو لغوا تكلم و قال الجوهري الى آخر ما ذكر في البناية آنفا و في لسان العرب االلغو و اللغا السقط و ما لايعتد به من كلام وغيره و لايحصل (بصيغة المجهول) على فائدة و لا نفع - التهذيب - اللغو و اللغا و اللغوى (على وزن التقوى) ما كان من الكلام غير معقود عليه الفراء، و اللغا مالايعد من اولاد الابل في دية او غيرها لصغرها و شاة لغو و لغا لايعتد بها في المعاملة و كل ما اسقط فلم يعتد به ملغى (بصيغة اسم المفعول) قال الكسائي لغا في القول يلغى و بعضهم يقول يلغو لغوا تكلم و اللغة اللسن (بكسر اللام المشددة و سكون السين) وحدها انها اصوات يعبر بها كل قوم عن اغراضهم و هي فعلة (بضم الفاء و سكون العين) من لغوت اي تكلمت اصلها لغوة (بضم اللام و سكون الغين) و قيل اصلها لغى (بضم اللام و فتح الغين) او لغو (بضم اللام و فتح الغين) و الهاء عوض و جمعها لغى (بضم اللام و التنوين على الغين) و لغات و لغون (بضم اللام و الغين و سكون الواو) و لغى بالشيء يلغى (باب سمع) لهج الخ ملخصا.

قال و القاصد في اليمين و المكره و الناسي سواء حتى تجب الكفارة لقوله عليه الصلوة و السلام ثلاث جد هن جد و هزلهن جد النكاح و الطلاق و اليمين.

ما لا خير فيه مما يوتم فيه او يكون غير محتاج اليه في الكلام فهي لغى و لغو قال العجاج عن اللغا و رفث التكلم قال الجوهري لغا يلغو لغواً اي قال باطلاً. و نباح الكلب لغو ايضاً. و لغي بالكسر يلغى لغا مثله و اللاغية اللغو و روي الزمخشري(١) عن مجاهد هو الرجل يحلف على الشيء يرى انه كذلك، و ليس كما ظن. و روى ان الحسن سئل عن لغو اليمين، و كان عنده الفرزدق قال يا اباسعيد دعني اجب عنك فقال

و لست(٢) بماخوذ يلغو تقوله اذا لم تعمد عاقدات العزائم

ذكره في تفسير سورة المائدة. و قال ايضا في سورة البقرة اللغو الساقط الذي لايعتد به في كلام وغيره، و لذلك قيل لما لايعتد به في الدية من اولاد الابل لغو. و قال شمس الائمة السرخسي في اصوله قال علماؤنا اللغو ما يكون خالياً عن فائدة اليمين شرعا و وضعاً، فان فائدة اليمين اظهار الصدق من الخبر، فاذا اضيف الى خبر ليس فيه احتمال الصدق كان خالياً عن فائدة اليمين، و كان لغوا (قال) اي القدوري (و القاصد في اليمين و المكره و الناسي سواء) الناسي هو الذي اراد ان يتكلم بكلام فجرى على لسانه اليمين و هو خاطئ حقيقة، كذا ذكره في التقويم، و قيل الناسي هو الذي يذهل عن التلفظ باليمين ثم يتذكر انه تلفظ باليمين ناسياً. و في بعض النسخ ذكر الخاطئ مكان الناسي (حتى تجب الكفارة) بيان نتيجة كون القاصد في اليمين و المكره و الناسي سواء، يعني لا فرق في وجوب الكفارة على هولاء جميعاً (لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (ثلاث(٣) جدهن جد و هزلهن جد النكاح و الطلاق و اليمين) هذا الحديث ذكره المصنف رحمه الله تعالى هكذا و بعض الفقهاء يجعل عوض اليمين العتاق، و منهم صاحب الخلاصة و الغزالي في الوسيط و غيرهما و كلاهما غريب، و انما الحديث النكاح و الطلاق و الرجعة. اخرجه ابوداود(٤) و الترمذي و ابن ماجة عن عبدالرحمن بن حبيب

---

(١) الزمخشري في الكشاف ص٦٧٢ ج١. (٢) و لست الخ بصيغة المتكلم اي لست مؤاخذا باللغو اي الساقط من الكلام و تعمد اصله تتعمد حذف منه احدى التاءين و هذا في معنى الاستثناء المنقطع و عاقدات العزائم الجازمات و نسبة الجزم اليها مجاز عقلي كذا في حاشية الكشاف. (٣) ثلاث الخ راجع نصب الراية ص٢٩٣ ج٣ و فتح القدير ص٣٥٢ ج٤ و البناية كتاب النكاح ص١٤ ج٦ و اعلاء السنن باب لعب النكاح ص١٣٢ ج١١. (٤) ابوداود باب في الطلاق على الهزل ص٣٠٥ ج١ و الترمذي في الطلاق باب ما جاء في الجد و الهزل في الطلاق ص١٤٢ ج١ و ابن ماجة كتاب الطلاق باب من طلق او نكح او راجع لاعبا ص١٤٨ و المستدرك في =>

و الشافعي رحمه الله تعالى يخالفنا في ذلك

ابن اردك عن عطاء بن ابي رباح عن يوسف بن ماهك عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد و هزلهن جد، النكاح و الطلاق و الرجعة، انتهى. و قد غلط النووي الغزالي في تهذيب الاسماء و اللغات، فقال و قد وقع هذا الحديث في الوسيط النكاح و الطلاق و العتاق، و ليس بصواب، و انما الصواب الرجعة. قلت فيه نظر، روى الحارث ابن ابي اسامة في مسنده حدثنا بشر بن عمر حدثنا ابن لهيعة عن عبيد الله بن ابي جعفر عن عبادة بن الصامت رضي الله تعالى عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لايجوز اللعب في ثلاث الطلاق و النكاح و العتاق، فمن قالهن فقد وجبن و روى الطبراني(١) من حديث فضالة ابن عبيد بلفظ ثلاث لايجوز اللعب فيهن الطلاق و النكاح و العتاق. و فيه ابن لهيعة كما مر. و حاصل الكلام ان لفظ الحديث هو الذي رواه ابوداود و الترمذي كما مر و حسنه الترمذي و صححه الحاكم و ليس فيه لفظ اليمين، و شراح الهداية كلهم سكتوا عن هذا غير ان الاتزازي قال في شرحه لنا ما روى اصحابنا عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال ثلاث.... الى آخره، و لو سكت مثل غيره لكان اوجه. (و الشافعي رحمه الله تعالى يخالفنا في ذلك) اي فيما ذكر(٢) من يمين المكره و الناسي فانه يقول لاينعقد يمينهما و احتج بقوله عليه الصلوة و السلام رفع(٣) عن امتي الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه، و اجاب اصحابنا عنه بانه ليس المراد منه حقيقة الخطأ و النسيان و الاكراه لانها ليست بمرفوعة حقيقة بدليل وقوعها حساً، و انما المراد منه الحكم و هو اما حكم الدنيا او حكم الآخرة و الاول بمنتف بدليل وجوب الكفارة و الدية في القتل الخطأ، و هما من احكام الدنيا. و كذا يجب الغسل فيما اذا جامع المكره على الزنا و يفسد حجه و

=> الطلاق باب ثلاث جدهن جد و هزلهن جد ص١٩٨ ج٢ و الدارقطني و البيهقي و احمد في مسنده و قال الترمذي حسن غريب و قال الحاكم في المستدرك في اول الطلاق صحيح الاسناد. (١) الطبراني الخ و روى ابن عدي في الكامل عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ثلاث ليس فيهن لعب من تكلم بشيء منهن لاعبا فقد وجب عليه الطلاق و العتاق و النكاح و روي عبدالرزاق في مصنفه (اوائل كتاب النكاح ص١٣٣ ج١) ان اباذر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من طلق و هو لاعب فطلاقه جائز و من اعتق و هو لاعب فعتقه جائز و من نكح و هو لاعب فنكاحه جائز انتهى و فيه اثران ايضا اخرجهما عبدالرزاق ايضا عن علي و عمر رضي الله عنهما انهما قالا ثلاث لا لعب فيهن النكاح و الطلاق و العتاق و في رواية عنهما اربع و زاد و النذر. كذا في نصب الراية ص٢٩٤ ج٣ و فتح القدير ص٣٥٢ ج٤. (٢) فيما ذكر الخ و في العناية يعني في وجوب الكفارة على المكره و الناسي و في فتح القدير كما في البناية. (٣) رفع عن امتي الحديث راجع البناية باب ما يفسد الصلوة ص٤٦٥ ج٢ و نصب الراية ص٦٤ ج٢ و ابن ماجة ص١٤٨.

و سنبين ذلك في الاكراه ان شاء الله تعالى و من فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا فهو سواء لان الفعل الحقيقي لاينعدم بالاكراه و هو الشرط، و كذا اذا فعله و هو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة. و لو كانت الحكمة رفع الذنب

صومه، و ذلك من احكام الدنيا فتعين الثاني و هو رفع الاثم فان قلت لايثبت الكفر مع الاكراه فينبغي ان لاينعقد اليمين به كالنوم و الجنون قلت لانسلم صحة القياس لعدم المماثلة بين المقيس و المقيس عليه لان النوم و الجنون ينافيان التكليف بخلاف الاكراه، و لهذا يباح شرب الخمر للمكره و يحرم عليه قتل النفس و الزنا و ذلك آية الخطاب (و سنبين ذلك في الاكراه ان شاء الله تعالى) اراد به ما يذكره في كتاب الاكراه بقوله - و كذا اليمين و الظهار لايعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ. (و من فعل المحلوف عليه ناسيا او مكرها فهو سواء)(١) يعني اذا حلف لايفعل شيئا و كان طائعا في الحلف ثم فعله و هو مكره او ناس يحنث و به قال مالك و الشافعي في قول و احمد في رواية. و قال الشافعي في الاصح و احمد في رواية لايحنث للحديث المذكور و جوابه قد مر(٢) و كذا عندنا على ما يجيء اذا فعل المحلوف عليه و هو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة و قد وجد و هو الفعل الحسي لانه لاينعدم بالاكراه فان قلت(٣) اليمين عقد يقوي بها عزم الحالف على الفعل او الترك و هو من الافعال الاختيارية، فكيف يكون الناسي فيه كالقاصد قلت ذلك هو القياس و قد ترك بالنص لايقال النص معارض بقوله عليه الصلوة و السلام رفع عن امتي الخطا و النسيان... الحديث، لانه مجمل و نص اليمين مفسر (لان الفعل الحقيقي) الذي يوجد حساً (لاينعدم بالاكراه، و هو الشرط) اي وجود الفعل الحقيقي هو الشرط و قد وجد (و كذا اذا فعله و هو مغمى عليه او مجنون) هذا ما ذكره المصنف تفريعاً لمسئلة القدوري لان قوله و من فعل المحلوف عليه مكرهاً او ناسياً فهو سواء لفظ القدوري، يعني اذا حلف و هو صحيح العقل ثم فعل المحلوف عليه في حال الاغماء او الجنون يجب عليه الكفارة (لتحقق الشرط حقيقة) الشرط هو الحنث و قد تحقق حقيقة فيتحقق المشروط (و لو كانت الحكمة رفع الذنب) هذا جواب(٤) عما يقال الحكمة في شرع الكفارة رفع الذنب لانها ستارة كاسمها، و لا ذنب للمجنون و المغمي عليه فيما فعلا لعدم الفهم، فينبغي ان لايحنث و لايجب عليهما الكفارة. فاجاب بقوله - و لو كانت الحكمة - اي في مشروعية الكفارة رفع الذنب على تقدير

---

(١) فهو سواء - اي فهو و من فعله مختارا سواء تركه لدلالة فحوى الكلام عليه. العناية. (٢) قد مر اي في طلاق المكره من كتاب الطلاق كذا في فتح القدير. (٣) فان قلت اليمين الخ كذا في العناية ص٣٥٢ ج٤. (٤) هذا جواب الخ كذا في الشروح الثلاثة.

فالحكم يدار على دليله و هو الحنث لا على حقيقة الذنب

باب ما يكون يميناً و ما لايكون يميناً

قال و اليمين بالله او باسم آخر من اسماء الله تعالى كالرحمن و الرحيم او

التسليم (فالحكم) اي حكم الكفارة (يدار على دليله) اي دليل الذنب (و هو الحنث) في اليمين (لا على حقيقة الذنب) كما في الاستبراء، فانه يجب على المشتري لوجود دليل الشغل، و ان لم يوجد حقيقة الشغل(١) قال الاكمل(٢) و لقائل ان يقول اقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه انما يكون اذا كان المدلول امرا خفياً في الاصل، فيدور عليه. و ان لم يتصور المدلول في بعض الصور كما ذكرت من شغل الرحم و المدلول في هذه الصورة و هو الذنب في هذه الصورة عند الحنث محقق ظاهر، فلايصح اقامة الدليل مقام المدلول.

(باب ما يكون يميناً و ما لايكون يميناً)

أي هذا باب في بيان ما يكون يميناً من الالفاظ و ما لايكون يميناً. (قال) اي القدوري (و اليمين بالله) اي بلفظ الله لقوله عليه الصلوة و السلام من كان حالفاً فليحلف بالله او ليصمت، رواه مالك في المؤطا(٣) (أو باسم آخر)(٤) اي اليمين باسم آخر (من اسماء الله عزوجل كالرحمن و الرحيم) قال الكاكي ثم جميع اسماء الله تعالى في ذلك سواء تعارف الناس الحلف به او لا، و هو الظاهر من مذهب اصحابنا و هو الصحيح، و به قال مالك و احمد و الشافعي رحمهم الله تعالى في قول للحديث المذكور. و الحلف بجميع اسمائه حلف بالله. و ذكر شمس الائمة البيهقي في الشامل، ثم اليمين باسم آخر من اسماء الله تعالى اذا كان اسما لايشاركه فيه غيره يكون يميناً لانه لا يحتمل غير اليمين. و لو حلف باسم يشاركه فيه غيره كالحكيم و العزيز ان نوى به يكون يميناً، و الا فلا، لانه محتمل و سوى في التحفة بين ان يكون اسماً خاصاً لله تعالى او اسماً يشارك فيه غيره. و قال الاترازي فيه نظر لانه بالاحتمال لايتعين اسم الله مراداً (او

(١) حقيقة الشغل - بان اشترى جارية بكرا او اشتراها من امراة - العناية و الكفاية. (٢) الاكمل في العناية ص٣٥٣ ج٤. (٣) المؤطا كتاب النذور و الايمان ص٤٨٨ و البخاري باب لاتحلفوا بآبائكم ص٩٨٣ ج٢. (٤) باسم آخر الخ راجع الشروح الثلاثة للهداية و الاوجز جامع الايمان ص١٥٧ الى ص١٦١ ج٤ و المغنى ص١٨٢ ج١١ و عمدة القاري باب لاتحلفوا بآبائكم ص١٧٥ ج٢٣ و باب الحلف بعزة الله ص١٨٥ ج٢٣ و فتح الباري باب كيف كانت يمين النبي صلى الله عليه وسلم ص٦٤٥ ج١١ و اعلاء السنن باب الحلف بالله و باسمائه و بصفاته ص٣٥٦ الى ص٣٦٨ ج١١ فصاحب الاوجز و صاحب الاعلاء قد اطالا البحث فاجادا و افادا.

بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله و جلاله و كبريائه، لان الحلف بها متعارف و معنى اليمين و هو القوة حاصل، لانه يعتقد تعظيم الله و صفاته، فصلح ذكره حاملاً و مانعاً. قال الا قوله و علم الله، فانه لايكون يميناً لانه غير متعارف،

بصفة)(١) اي او اليمين بصفة (من صفاته التي يحلف بها عرفاً كعزة الله و جلاله و كبريائه، لان الحلف بها متعارف) اي الحلف بصفة من صفاته متعارف المراد بالصفة هي الحقيقية و هي المعنى القائم بالذات اسماً كالعزة و نحوها لا الصفة النحوية كقولك مررت برجل قائم. و قال الاترازي ثم صفاته تعالى ان كانت من صفات الذات يجوز اليمين بها، و ان كانت من صفات الفعل، فلايجوز اليمين بها. و الفاصل بينهما ان كل ما لايجوز ان يوصف الله بضده فهي من صفات الذات كعزة الله تعالى و جلاله و كبريائه و قدرته الا العلم، فان اليمين به لايجوز لجواز ارادة المعلوم، كما قال الله تعالى و لايحيطون بشيء من علمه(٢) اي من معلوماته، كذا قال الزمخشري. و كل ما يجوز ان يوصف الله عزوجل بضده، فهي من صفات الفعل كالرحمة و الغضب و السخط عليها على ما يجيء الآن. (و معنى اليمين و هو القوة حاصل) اي في صلاته التي يحلف بها عرفاً (لانه) اي لان الحالف (يعتقد تعظيم الله و صفاته فصلح ذكره) اي ذكر الحالف اسم الله تعالى و صفاته (حاملاً) على اليمين (و مانعاً) عنه حاصل الكلام ان يقال ان مبنى الايمان على العرف فما تعارف الناس الحلف به يكون يميناً و الا فلا، و هو اختيار مشايخ ما وراء النهر، لان اليمين انما يقصد للحمل او المنع، و ذا انما يكون بما يعتقد الحالف تعظيمه، و كل مؤمن يعتقد تعظيم الله و صفاته، اذ هو معظم بجميع اسمائه و صفاته، فصارت حرمة ذاته و صفاته حاملاً او مانعا علي ما قصد الحالف نفياً و اثباتاً و في المبسوط(٣) قال مشايخنا العراقيون الحلف بصفات الذات كالقدرة و العظمة و العزة و الجلال و الكبرياء يمين، و الحلف بصفات الفعل كالرحمة و السخط و الغضب لايكون يميناً، و قالوا ذكر صفات الذات كذكر الذات و ذكر صفات الفعل ليس كذكر الذات، و الحلف بالله مشروع دون غيره، و على هذا ينبغي ان يكون و علم الله يميناً، لانه من صفات الذات و لكنهم تركوا هذا القياس، لان العلم يذكر و يراد به المعلوم (الا قوله و علم الله) و في بعض النسخ قال، اي القدوري الا قوله و علم الله، و هذا مستثنى منقطع من قوله - او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا (فانه) اي فان الحلف بعلم الله (لايكون يميناً لانه غير متعارف) لان اليمين به اذا لم يكن متعارفا كان استثنائه عن العرف

---

(١) بصفة الخ راجع الاوجز ص١٦٠ ج٤ و فتح الباري ص٦٥٦ ج١١ باب لاتحلفوا بآبائكم. (٢) من علمه الآية البقرة ٢٥٥ (٣) المبسوط للسرخسي ص١٣٢ ج٨ و كذا في الكفاية و الفتح.

و لانه يذكر و يراد به المعلوم، يقال اللّهم اغفر علمك فينا، اي معلومك و لو قال و غضب الله و سخطه لم يكن حالفا و كذا و رحمة الله لان الحلف بهما غير متعارف، و لان الرحمة قد يراد بها اثرها و هو المطر او الجنة

منقطعاً. و قال الشيخ ابونصر هذا الذي ذكره القدوري استحسان و القياس ان يكون يميناً و به قال الشافعي رحمه الله تعالى قلت قال الشافعي رحمه الله تعالى اذا قال و علم الله او قدرة الله تعالى و نوى به اليمين او اطلق فهو يمين، و لو قال اردت المعلوم او المقدور لم يكن يميناً، و كذا في خلق الله و رزق الله لم يكن يميناً بلانية. و قال مالك رحمه الله تعالى لاينعقد اليمين بصفات الفعل، و به قال احمد رحمه الله تعالى في رواية لانه مشترك، و مع الاشتراك لا حرمة له فلاينعقد اليمين به. و عن احمد رحمه الله تعالى(١) في القدرة مثل قولنا (و لانه) اي و لان العلم (يذكر و يراد به المعلوم، يقال اللّهم اغفر علمك فينا اي معلومك) فان قلت يرد(٢) على هذا القدرة فانها تصح بها اليمين مع صحة ارادة المقدور و لهذا يقال انظر الى قدرة الله تعالى، قلت لانسلم لان المقدور بالوجود خرج عن ان يكون مقدوراً لان تحصيل الحاصل محال فلم يحتمل ارادته بالحلف. و قيل الوجود معدوم و لاتعارف في الحلف بالمعدوم فكان المراد بالحلف بالقدرة هي الصفة القائمة بذات الله تعالى، بخلاف العلم اذا اريد به المعلوم، حيث لايخرج المعلوم عن ان يكون معلوماً بالوجود، فظهر الفرق بين العلم و القدرة. (و لو قال و غضب الله و سخطه لم يكن حالفاً) و كذا اذا قال و عذاب الله او ثوابه او رضاه، و به صرح الحاكم في الكافي (و كذا) اي و كذا ليس بيمين اذا قال (و رحمة الله لان الحلف بهما)(٣) اي بغضب الله و برحمته (غير متعارف) لان الاصل ان كل ما يتعارفه العرب يميناً و لم يرد به النهي في الشريعة كان يميناً و كل ما لايتعارفه العرب يميناً لايكون يميناً (و لان الرحمة قد) يذكر و (يراد بها اثرها و هو المطر) قيل هذا منقوض بقدرة الله تعالى فانه يقال انظر الى قدرة الله تعالى، و المراد اثره، و الا لكان بمعنى المقدور لكون القدورة غير مرئية فتكون كالعلم و مع ذلك يحلف بها(٤) (او الجنة) اي

---

(١) و عن احمد الخ كما في المغنى ص١٨٦ ج١١. (٢) يرد الخ كذا في الفتح. (٣) بهما - و في بعض النسخ بها اي بالغضب و السخط و الرحمة. (٤) و مع ذالك يحلف بها و الحق ان مبنى الايمان على العرف فما تعارف الناس الحلف به كان يميناً و الحلف بقدرة الله تعالى متعارف و بعلمه و رحمته و غضبه غير متعارف و لهذا قال محمد رحمه الله تعالى و امانة الله يمين ثم لما سئل عن معناه قال لا ادري فكانه وجد العرب تحلف بامانة الله عادة فجعله يمينا كانه قال و الله الامين كذا في العناية ص٣٥٥ ج٤ و المبسوط للسرخسي ص١٣٣ ج٨.

و الغضب و السخط يراد بهما العقوبة. و من حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي و الكعبة، لقوله عليه الصلوة و السلام من كان منكم حالفاً فليحلف بالله او ليذر. و كذا اذ حلف بالقرآن لانه غير متعارف

يذكر الرحمة و يراد بها الجنة، قال الله عزوجل ففي رحمة الله هم فيها خالدون(١) (و الغضب) مبتدأ (و السخط) عطف عليه و قوله (يراد بهما العقوبة) خبر المبتدأ و لو قال و امانة الله يكون يميناً، لان معناه و الله الامين و انه من صفات ذاته، كذا في الشامل و هذا خلاف ما ذكره صاحب التحفة عن الطحاوي انه لايكون يميناً، و ان نوى و بخلاف ما روي عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه لايكون يميناً، و هو الاصح لما روي عن بريدة رضي الله تعالى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف(٢) بالامانة فليس منا (و من حلف بغير الله لم يكن حالفاً كالنبي و الكعبة) اي قال و النبي لافعل هذا و الكعبة كذلك (لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (من كان منكم حالفاً فليحلف بالله او ليذر) هذا الحديث اخرجه الجماعة(٣) الا النسائى عن نافع عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرك عمر في ركب و هو يحلف بابيه، فقال ان الله ينهاكم ان تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليسكت، و لفظ الصحيحين او ليصمت و قال مخرج الاحاديث(٤) عجبت من الشيخ زكي الدين كيف عزاه للنسائي و ترك الترمذي و النسائي لم يذكر، و ذكره برمته. (و كذا اذا حلف بالقرآن) لايكون يميناً (لانه غير متعارف) لانه يراد به المقرو و هو غير الله تعالى. و قال الناطفي ليس ينبغي ان يحلف رجل بسورة من كتاب الله تعالى و لا بالقرآن و لا بالكعبة و لا بالصلاة و لا بالصيام و لاشيء من طاعة الله عزوجل، الا ترى انه لو حلف فقال و الصلاة

(١) خالدون آل عمران ١٠٧. (٢) من حلف بالامانة الحديث رواه ابوداود كتاب الايمان و النذرو باب كراهية الحلف بالامانة ص١٠٧ ج٢ و سنن البيهقي باب من حلف بغير الله الخ ص٣٠ ج١٠ و المشكوة باب الايمان و النذور ص٢٩٦ ج١ و راجع لمسئلة الحلف بامانة الله. المغنى ص٢٠٧ ج١١ و اعلاء السنن ص٣٦٥ ج١١ و الاوجز ص١٦٠ ج٤ و العمدة باب الحلف بعزة الله الخ ص١٨٥ ج٢٣ و قد اطنب صاحب الاعلاء فاجاد و افاد. (٣) الجماعة البخاري باب لاتحلفوا بآبائكم ص٩٨٢ ج٢ و مسلم كتاب الايمان و النذرو ص٤٦ ج٢ و الترمذي باب النذور و الايمان باب كراهية الحلف بغير الله ص١٨٥ ج١ و ابوداود باب اليمين بغير الله ص١٠٧ ج٢ و ابن ماجة باب النهي ان يحلف بغير الله ص١٥٣ و التفصيل في نصب الراية ص٢٩٥ ج٣ و اعلم ان لفظة ليذر لم اجدها في الاحاديث التي امامنا نعم مكانها كلمة ليصمت او ليسكت فيها. (٤) مخرج الاحاديث اي العلامة الزيلعي في نصب الراية ص٢٩٥ ج٣.

قال معناه ان يقول و النبي و القرآن، اما لو قال انا بريء منهما يكون يميناً لان التبري منهما كفر.

لاافعل كذا كان قد حلف بغير الله تعالى و قال ابويوسف رحمه الله تعالى ان قال و الرحمن لا افعل كذا، و عني به سورة الرحمن لا حنث عليه، كذا ذكره الناطفي في الاجناس، و كذلك لو قال و الرسول و النبي و المسجد الحرام و بيت الله لايكون يميناً، كذا في شرح الطحاوي، و قال الكاكي(١) و ما اعتاده الناس من الحلف بجان و سرتو ان اعتقد انه حلف و ان البر به واجب يكفر كذا في محاسن الشرائع. و في التتمة قال علي الرازي اخاف على من قال بحياتي و حياتك و ما اشبه ذلك انه يكفر، و لولا ان العامة يقولون و لايعلمونه لقلت انه شرك، لانه لا يمين الا بالله، فاذا حلف بغير الله فكانه اشرك معه غيره. و قال ابن مسعود رضي الله تعالي عنه لان احلف بالله كاذبا احب الي من ان احلف بغير الله صادقاً ثم الحلف بالكعبة(٢) و النبي و القرآن(٣) و العرش و الكرسي و ما اشبه ذلك لاينعقد عند الجمهور. و عن احمد ينعقد اليمين بالحلف بالنبي عليه الصلوة و السلام في رواية و عن ابن عمر انه عليه الصلوة و السلام قال من حلف بغير الله فقد اشرك، رواه الترمذي(٤) و قال حديث حسن. فان قيل(٥) ان الله تعالى اقسم بغير ذاته و صفاته كقوله و الشمس و الليل و الضحى و نحو ذلك كثير في القرآن قلنا لله تعالى ولاية الاسماء و الامر و النهي و التعظيم و التحقير، و له ان يثبت الحرمة لمن شاء. و ليس للعبد ذلك بل عليه ان ينتهي عما نهاه الله تعالى عنه. و قد نهى الله تعالى ان يحلف بغيره (قال معناه) اي قال المصنف معنى قول الحالف بالقرآن او بالنبي (ان يقول و النبي و القرآن) لا افعل كذا (أما لو قال انا برئ من النبي او من القرآن يكون يميناً، لان التبري منهما) اي من النبي والقرآن (كفر) و كذا اذا قال هو برئ من الصلاة و الصوم يكون يميناً عندنا، خلافا

---

(١) قال الكاكي الخ كذا في الكفاية و الفتح. (٢) ثم الحلف بالكعبة الخ راجع المغني ص٢٠٩ ج١١ و الاوجز ص١٥٨ ج٤ و فتح الباري باب لاتحلفوا بآبائكم ص٦٥٥ ج١١. (٣) القرآن و في فتح القدير ص٣٥٦ ج٤ ثم لايخفى ان الحلف بالقرآن الآن متعارف فيكون يمينا كما هو قول الائمة الثلاثة و تعليل عدم كونه يميناً بانه غيره تعالى لانه مخلوق لانه حروف و غير المخلوق هو الكلام النفسي منع بان القرآن كلام الله منزل غير مخلوق و لايخفى ان المنزل في الحقيقة ليس الا الحروف المنقضية المنعدمة و ما ثبت قدمه استحال عدمه غير انهم اوجبوا ذالك لان العوام اذا قيل لهم القرآن مخلوق تعدوا الى الكلام مطلقا و اما الحلف بكلام الله فيجب ان يدور مع العرف انتهى و راجع المغنى ص١٩٣ ج١١. (٤) الترمذي باب كراهية الحلف بغير الله ص١٨٥ ج١. (٥) فان قيل الخ راجع فتح الباري باب لاتحلفوا بآبائكم ص٦٥٤ ج١١ و العمدة ص١٧٥ ج٢٣ و الاوجز ص١٥٨ ج٤.

قال و الحلف بحروف القسم و حروف القسم الواو كقوله و الله. و الباء كقوله بالله و التاء كقوله تالله،

للشافعي رحمه الله تعالى و كذا اذا قال هو بريئ من الاسلام ان فعل كذا، خلافاً للشافعي و نص عليه في شرح الطحاوي. و قال في النوازل(١) ان قال و الكتب الاربعة فليس هذا بيمين، و ان قال هو انا بريئ من الكتب الاربعة فعليه كفارة يمين واحدة و ان قال أنا بريئ من التوراة، و بريئ من الانجيل، و بريئ من الزبور، و بريئ من القرآن وجبت عليه اربعة كفارات، و قال في خلاصة الفتاوى و لو قال(٢) بحرمة شهد الله اولا اله الا الله لايكون يميناً و قال في فتاوى الولوالجي رجل رفع كتابا من كتب الفقه او دفتر حساب فيها مكتوب بسم الله الرحمن الرحيم و قال انا بريء مما فيه ان دخلت، فدخل تلزمه الكفارة، لانه يمين بالله تعالى. و لو قال انا بريئ من المصحف لايكون يميناً، لان المصحف جلد و اوراق. و لو قال انا بريء مما في المصحف يكون يميناً، لان ما في المصحف قرآن. و لو قال انا بريء من الحجة التي حججت او من الصلوة التي صليت فليس بيمين، بخلاف ما لو قال انا بريء من القرآن الذي تعلمته فانه يمين، و لو قال انا بريء من شهر رمضان و اراد به البراءة من فرضيته فهو يمين، و لو اراد به البراءة عن آخرها لايكون يميناً، و ان لم يكن له نية لايكون يميناً (قال) اي القدوري (و الحلف بحروف القسم) اي الحلف يكون بحروف القسم (و حروف(٣) القسم) ثلاثة احدها (الواو، كقوله و الله، و الباء) اي الثاني حرف الباء (كقوله بالله و التاء) اي الثالث حرف التاء (كقوله تالله) الاصل(٤) فيها الباء الموحدة، لانها للالصاق، و هي تلصق الحلف الى المحلوف به في قولك احلف بالله، ثم يحذف الفعل تخفيفاً، و يكتفي بحرف القسم و يبدل منها الواو، و المناسبة بينهما لان وضعها للجمع، و في الجمع معنى الالصاق، ثم يبدل من الواو التاء لمناسبة بينهما، لانهما من حروف الزوائد كما في تراث اصله وراث و تخمة اصلها وخمة و لما كانت الباء اصلا دخلت في اسم الله وغيره و في المظهر و المضمر و الواو لما كانت بدلا انحطت بدرجة، حيث دخلت في المظهر دون المضمر و التاء لما كانت بدلا من

---

(١) النوازل الخ راجع لنحو هذه الفروع الكثيرة الفتاوى الهندية الباب الثاني فيما يكون يميناً و ما لايكون يمينا ص٥٢ ج٢. (٢) و لو قال بحرمة الخ كذا في فتح القدير ص٣٥٦ ج٤. (٣) و حروف القسم ثلاثة و في البحر ص٣١٣ ج٤ و لم يذكر المصنف كغيره أكثر من الثلاثة و ذكر في التبيين ان له حروفا اخر و هي لام القسم و حرف التنبيه و همزة الاستفهام و قطع الف الوصل و الميم المكسورة و المضمومة في القسم و من كقوله لله و ها الله و م الله و من الله و اللام بمعنى التاء و يدخلها معنى التعجب و ربما جاءت التاء لغير التعجب دون اللام الخ. (٤) الاصل فيها الخ كذا في فتح القدير ص٣٥٦ ج٤ و البحر ص٣١٢ ج٤.

لان كل ذلك معهود في الايمان و مذكور في القرآن و قد يضمر الحرف، فيكون حالفا كقوله الله لأ افعل كذا، لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازاً، ثم قيل ينصب لانتزاع حرف خافض. و قيل يخفض فتكون

المبدل انحطت بدرجتين حيث لم تدخل في المظهر والمضمر جميعا الا على اسم الله تعالى وحده. و قال و ما حكاه(١) ابوالحسن من قولهم تربى فشاذ لايؤخذ به (لان كل ذلك) اي المذكور من الحروف (معهود في الايمان) التي تستعمل بين الناس (و مذكور في القرآن) كقوله تعالى بالله ان الشرك لظلم عظيم(٢) و كقوله تعالى و الله ربنا ماكنا مشركين(٣) و كقوله تعالي و قال تالله لاكيدن اصنامكم(٤) (و قد يضمر الحرف) اي حرف القسم (فيكون حالفا والله كقوله الله لاافعل كذا) فان حرف القسم اضمر في قوله الله لا افعل كذا، فان اصله و الله لا افعل كذا و اراد بقوله فيكون حالفاً ان اضمار حرف القسم و اظهاره سواء في تحقق اليمين، ثم اشار الى وجه الاضمار بقوله (لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازاً) اي للايجاز، اي للاختصار، لانه مطلوب في كلامهم، ثم المصنف(٥) ذكر لفظ الاضمار في الرواية و ذكر لفظ الحذف في التعليل بطريق المسامحة لما ان بين الاضمار و الحذف فرقاً، فان في المضمر ما يبقى اثره نحو قوله انتهوا خيراً لكم(٦) اي يكون الانتهاء خيراً لكم، و المحذوف ما لايبقى اثره نحو قوله و اسال القرية(٧) (ثم قيل ينصب لانتزاع حرف خافض) اراد بهذا بيان الخلاف في وجه النصب و الخفض في لفظ المقسم به بعد حرف القسم فقيل ينصب، و هو قول البصريين، و علل وجه النصب بقوله لانتزاع حرف خافض، و هو حرف القسم لان اصل الله لا افعل، كذا و الله لا افعل كذا، فلما حذفت الواو انتصب بنزع الخافض (و قيل يخفض) و هو قول الكوفيين، هذا ذكره في المبسوط(٨) (فتكون

---

(١) و ما حكاه الخ و في الفتح و ما روى من قولهم تربى و ترب الكعبة لايقاس عليه و كذا تحياتك و في هداية النحو ص١٠٥ و تاء القسم و هي تختص بالله وحده فلايقال تالرحمن و قولهم ترب (بفتح التاء و الراء و كسر الباء المشددة) الكعبة شاذ. (٢) بالله أن الشرك لظلم عظيم - لقمان - ١٣ و فيه احتمال كونه متعلقا بقوله تعالى قبله لاتشرك فتح. (٣) مشركين - الانعام - ٢٣. (٤) اصنامكم الانبياء ٥٧. (٥) المصنف الخ كذا في العناية و لفظه و الفرق بين الاضمار و الحذف بقاء اثر المضمر دون المحذوف والمصنف ذكر الاضمار في الرواية و الحذف في التعليل بطريق المساهلة كذا في النهاية و يجوز ان يقال الاضمار بالنظر الى الجر و الحذف بالنظر الى النصب انتهى. (٦) خيرا لكم - النساء - ١٧١. (٧) القرية - يوسف - ٨٢. (٨) المبسوط للسرخسي ص١٣٢ ج٨ و في فتح القدير ص٣٥٧ ج٤ حيث قال (صاحب المبسوط) النصب مذهب اهل البصرة و الخفض مذهب اهل الكوفة و نظر فيه بانهما وجهان سائغان للعرب ليس احد ينكر احدهما ليتأتى الخلاف و حكى =>

الكسرة دالة على المحذوف و كذا اذا قال لله في المختار، لان الباء تبدل بها، قال الله تعالى آمنتم له أي آمنتم به.

الكسرة دالة على المحذوف) اي الكسرة التي على المحلوف به و المحذوف هو حرف القسم قال الكاكي تعليله النصب بانتزاع الخافض و الجر بدلالة الكسرة عليه غير مستقيم عند اهل النحو، لما ان انتصابه على انه مفعول به عند حذف حرف الجر لاتصال فعل احلف بالمحلوف به، الا ان تاويل قوله لانتزاع الخافض اي بسبب انتزاع الخافض يصل احلف بالمحلوف به و كذا الجر لاضمار حرف الجر، و العامل يعمل عمله عند الاضمار بخلاف الحذف كما ذكرنا، الا ان ياول و يقول المراد بالمحذوف المضمر تسامحاً. و قال الاكمل(١) هذه وظيفة نحوية في الاصل و الاصولي يبحث عنها من حيث استنباط المسائل الفقهية منها و الواصل الى حد الاشتغال بكتاب الهداية لابد و ان يكون قد وقف على ذلك و رآه (و كذا اذا قال لله) يعني و كذا يكون يميناً اذا قال لله علي ان لا اكلم فلانا (في المختار) انما قال(٢) في المختار احترازاً عما روي عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه قال لو قال لله علي ان لا اكلم فلانا ليست بيمين الا ان ينوى، لان الصيغة صيغة النذر و يحتمل معنى اليمين ذكره الولوالجي في فتاواه (لان الباء تبدل بها) اي اللام (قال الله تعالى آمنتم له(٣) أي آمنتم به) فانهما يتعاقبان. و قال ابن عباس(٤) رضي الله عنهما دخل آدم الجنة فلله ما غربت الشمس حتى خرج و في فتاوى(٥) قاضي خان قال بالله لا افعل كذا و سكن الهاء او رفعها او نصبها يكون يميناً لانه ذكر اسم الله عزوجل بحرف القسم و الخطأ في الاعراب لايمنع صحة القسم لا في عرف الاستعمال و لا في عرف الشرط، لما روي في الحديث و كانه و الله ما اردت بالرفع و يروى بالجر و عليه الجمهور. و عن القفال من اصحاب الشافعي و احمد في رواية انه لو قال بالرفع لايكون يميناً الا بالنية، لانه لم يات بالموضوع و لا قصده. و يحتمل ابتداء الكلام و يحتمل اليمين، فلايكون يميناً الا بالنية، و عليه جمع من اصحاب الشافعي. و

=> الرفع ايضا نحو الله لافعلن على اضمار مبتدأ و الاولى كونه على اضمار خبر لان الاسم الكريم اعرف المعارف فهو اولى ان يكون مبتدأ و التقدير الله قسمي او قسمي الله لافعلن غير ان النصب اكثر في الاستعمال و قوله في النصب لانتزاع الخافض خلاف اهل العربية بل هو عندهم بفعل القسم لما حذف الحرف اتصل الفعل به الا ان يراد عند انتزاع الخافض اي بالفعل عنده و اما الجر فلاشك انه بالحرف المضمر و هو قليل شاذ في غير القسم الخ. (١) الاكمل في العناية ص٣٥٧ ج٤. (٢) انما قال الخ كذا في الفتح و العناية. (٣) آمنتم له – طه – ٧١. (٤) و قال ابن عباس الخ كذا في الفتح. (٥) فتاوى قاضي خان المطبوعة على هامش الفتاوى الهندية ص٣ ج٢ و كذا في الفتاوى الهندية ص٥٣ ج٢.

و قال ابوحنيفة رحمه الله تعالى اذا قال و حق الله فليس بحالف، و هو قول محمد رحمه الله تعالى و احدى الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله تعالى و عنه رواية أخرى انه يكون يميناً، لان الحق من صفات الله تعالى و هو حقيته فصار كانه قال و الله الحق و الحلف به متعارف. و لهما انه يراد به طاعة الله تعالى، اذ الطاعات حقوقه، فيكون حلفا بغير الله. قالوا لو قال و الحق يكون يميناً. و لو قال حقا لايكون يميناً لان الحق من اسماء الله تعالى، و المنكر يراد به تحقيق الوعد.

في المحيط اذا قال بالله لايكون يميناً الا اذا نوى. يعني اذا قال بكسر اللام و سكون الهاء (و قال ابوحنيفة رحمه الله تعالى اذا قال و حق الله فليس بحالف) يعني لايكون يميناً (و هو قول محمد رحمه الله تعالى و احدى الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله تعالى و عنه) اي و عن ابي يوسف (رواية اخرى انه يكون يميناً) و به قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى (لان الحق من صفات الله و هو حقيته) اي كونه حقا (فصار) الحالف (كانه قال و الله الحق، و الحلف به متعارف) لان الحق من اسماء الله تعالى، و لهذا ذكر في عدد اسماء الله فيصح الحلف به و قال الله تعالى و يعلمون ان الله هو الحق المبين(١) (و لهما) اي و لابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (انه يراد به) اي بالحق (طاعة الله تعالى، اذ الطاعات حقوقه، فيكون حلفا بغير الله) و الحلف بالعبادات لايجوز (قالوا) اي اصحابنا كلهم قالوا (لو قال و الحق) معرفا حيث (يكون يميناً) بالاجماع (و لو قال حقا لايكون يميناً) ذكره بسبيل التفريع لما قبله (لان الحق) المعرف (من اسماء الله تعالى و المنكر يراد به تحقيق الوعد) يريد به الفرق بين الحق و حقا بان الحق اسم من اسماء الله تعالى، قال الله تعالى و لو اتبع الحق اهواءهم(٢) و الحلف به متعارف، فيكون يميناً و اما المنكر فهو مصدر منصوب بفعل مقدر، فكانه قال افعل هذا الفعل لا محالة، و ليس فيه معنى الحلف فضلاً عن اليمين. و قال الفقيه(٣) ابوالليث في النوازل قال ابونصر البلخي بحق الله يكون يميناً، لان الناس يحلفون به. و لو قال حقا لايكون يميناً، و هو بمنزلة قوله صدقا و هو قول محمد بن سلمة. و قال الحسن بن ابي مطيع حقا يمين لقوله تعالى و لو اتبع الحق اهواءهم فالحق هو الله تعالى فصار كانه قال و الله لا افعل كذا. و قال ابونصر لو قال و الحق لا افعل كذا ان نوى به اسم الله تعالى فهو يمين، و ان لم يرد به اسم الله لايكون يميناً. و قال الاترازي لنا نظر في قوله - بحق الله يكون يميناً - لان الاضافة تقتضي المغايرة بين المضاف و

---

(١) المبين - النور - ٢٥. (٢) اهوائهم المؤمنون ٧١. (٣) و قال الفقيه الخ راجع الفتح ص٣٥٨ ج٤.

و لو قال اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله، او اشهد او اشهد بالله فهو حالف، لان هذه الفاظ مستعملة في الحلف، و هذه الصيغة للحال حقيقة، و تستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفاً في الحال

المضاف اليه، فيكون الحلف اذن بغير الله تعالى قلت انتهى اراد به قول ابي نصر البلخي المذكور. قلت الاضافة التي تقتضي المغايرة بين المضاف و المضاف اليه اذا كانت بمعنى اللام، كما في غلام زيد، و هنا يحتمل ان تكون الاضافة بمعنى من كما في خاتم فضة، و هذا لايخفى على المتامل (و لو قال اقسم او اقسم بالله، او احلف او احلف بالله، او اشهد او اشهد بالله، فهو حالف) و كذا لو قال اعزم او اعزم بالله. و قال زفر رحمه الله تعالى اذا لم يقل بالله في هذه الفصول لايكون يميناً، و به قال الشافعي رحمه الله تعالى نوي او لم ينو. و قال مالك رحمه الله تعالى اذا نوى اليمين بقوله اقسم بالله الى آخره يكون يميناً. و اذا اطلق فلا. و عن احمد رحمه الله تعالى اذا لم يقل بالله فهو يمين ايضا في رواية. و في رواية كمذهبنا سواء نوى اليمين او لا. و في رواية لابد من ذكر الله (لان هذه الالفاظ) اي اقسم و اخواته (مستعملة في الحلف) اما الاول فلقوله عزوجل اذ أقسموا ليصرمنها مصبحين(١) و اما الثاني فلقوله تعالى يحلفون بالله(٢) و اما الثالث فلقوله تعالى نشهد انك لرسول الله(٣) ثم قال بعد ذلك اتخذوا ايمانهم جنة سمى قولهم نشهد انك لرسول الله يميناً و هم لم يقولوا نشهد، و العزم عبارة عن قصد التبليغ الذي ينتهي اليه قصد العازم فكان يميناً لانه تصريح لمعناها (و هذه الصيغة) اي صيغة اقسم (للحال حقيقة) عند الفقهاء و كذا في الشرع حتى جعل قول المراة اختار نفسي عند التخيير بمنزلة اخترت، و كذا قول الموحد اشهد و قول الشاهد عند القاضي اشهد للحال. (و تستعمل للاستقبال بقرينة) سوف و السين (فجعل حالفا في الحال) عند ذكر لفظ من الالفاظ المذكورة فان قيل(٤) اليمين ما كان حاملاً و مانعا على فعل او ترك و عند ترك البر موجباً للكفارة، فقوله اقسم لايكون من البر موجبا شيئا بمجرده لانه لم ينعقد على فعل شيء او تركه فكيف يكون يميناً، و لان الكفارة ساترة لذنب هتك حرمة اسم الله، و ليس في اقسم مجردا هتك حرمة اسم الله، فكيف يكون موجباً للكفارة و لان صيغة فعل المضارع كما يكون للحال يكون للاستقبال فلاتجب الكفارة بالشك خصوصاً في حق الكفارة فانها تلحق بالحدود، و لهذا تداخلت اذا اجتمعت قلنا قوله اقسم للحال حقيقة كما قال المصنف فكان بمنزلة قوله علي يمين او يمين الله و الاقرار باليمين

(١) مصبحين - القلم - ١٧. (٢) يحلفون بالله - التوبة - ٧٤. (٣) لرسول الله - المنافقون - ١. (٤) فان قيل الخ كذا في العناية ص٣٥٨ ج٤ و الفتح ص٣٥٩ ج٤.

و الشهادة يمين، قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة و الحلف بالله هو المعهود المشروع و بغيره محظور، فصرف اليه و لهذا قيل لايحتاج الى النية، و قيل لابد منها لاحتمال العدة و اليمين بغير الله. و لو قال بالفارسية سوكند مي خورم بخداي، يكون يميناً، لانه للحال.

يمين موجب للكفارة، ذكره في الذخيرة و المنتقى (و الشهادة يمين) يعني اذا قال اشهد فانه يمين، و استدل عليه بقوله (قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله)(١) هذا اخبار عن قول المنافقين اذا جاؤوا الى النبي صلى الله عليه وسلم قالوا نشهد انك لرسول الله فهذا يمين منهم يدل عليه ما حكي عنهم بقوله اتخذوا ايمانهم جنة فاخبر الله تعالى ان قولهم نشهد انك لرسول الله يمين منهم، و اشار اليه المصنف بقوله (ثم قال) اي ثم قال الله (اتخذوا ايمانهم جنة)(٢) قصدوا بالجنة الوقاية. و في التفسير الشهادة تجري مجرى اليمين فيما يراد به من التوكيد بقول الرجل اشهد في موضع اقسم، و به شهد ابوحنيفة على ان اشهد يمين (و الحلف بالله هو المعهود المشروع) قال تاج الشريعة رحمه الله تعالى هذا جواب من يقول ان قوله - احلف - ينبغي ان لايكون يميناً، لجواز ان يكون حالفاً بغير الله تعالى فقال الحلف بالله هو المعهود المشروع، اي المعهود بين الناس و المنصوص عليه في الشريعة، لقوله عليه الصلوة و السلام من كان منكم(٣) حالفا فليحلف بالله او ليذر (و بغيره محظور) اي الحلف بغير الله حرام ممنوع (فصرف اليه) اي قوله - احلف - ينصرف الى الحلف بالله لان الظاهر من حال المسلم الاتيان بالمشروع دون غيره (و لهذا) اي و لاجل ان الحلف بالله هو المعهود المشروع، و بغيره محظور (قيل لايحتاج الى النية) في قوله - احلف - او - اشهد - او - اقسم - يكون يميناً صرفا الى ما هو المعهود في الشرع، و عليه صاحب التحفة (و قيل لابد منها) اي من النية (لاحتمال العدة) اي الوعد، لان اللفظ يحتمله و العدة اصله الوعد فلما حذفت الواو تبعاً لفعله عوض عنها التاء (و اليمين بغير الله) بجر اليمين عطفاً على العدة، و لاحتمال اليمين بغير الله، فلايتعين اليمين الا بالنية، و اليه ذهب ابونصر الاقطع (و لو قال بالفارسية(٣) - سوكند مي خورم بخداي - يكون يميناً، لانه) اي لان هذا اللفظ (للحال) فيصح اليمين، لان معناه بالعربي الحلف بالله، و صيغة احلف للحال فينعقد اليمين و - سوكند - بفتح السين و سكون الواو و فتح الكاف الصماء و سكون النون و بالدال المهملة، و معناه اليمين. و - مي خورم - بكسر الميم و سكون الياء و ضم الخاء المعجمة و فتح

---

(١) لرسول الله - المنافقون - ١. (٢) جنة - المنافقون - ٢. (٣) من كان منكم حالفا الحديث و قد سبق تخريجه قريبا. (٣) بالفارسية - راجع لنحو هذه الفروع بالفارسية الفتاوى الهندية ص٥٧ ج٢.

و لو قال - سوكند خورم - قيل لايكون يميناً. و لو قال بالفارسية - سوكند خورم بطلاق زنم - لايكون يميناً لعدم التعارف، قال و كذا قوله لعمر الله و أيم الله لان عمر الله بقاء الله، و أيم الله معناه أيمن الله، و هو جمع يمين.

الراء المهملة و سكون الميم، معناه احلف. و - بخداي - بفتح الباء الموحدة و ضم الخاء المعجمة و فتح الدال المهملة المقصورة، و معناه بالله (و لو قال - سوكند خورم - قيل لايكون يميناً) لانه بغير لفظ - مي - لفظ - خورم - يكون للاستقبال، فلايكون يميناً. و قيل لا فرق بين اللفظين في انه يكون يميناً. و لو قال - سوكند خورده م - ان كان صادقا يكون يميناً، و ان كان كاذباً فلاشيء عليه (و لو قال بالفارسية - سوكند خورم بطلاق زنم - لايكون يميناً لعدم التعارف) بينهم في كونه يميناً، و الباقي بطلاق - مفتوحة مضاف الى - زنم - بفتح الزاء و النون و سكون الميم، و معناه احلف بطلاق امرأتي لا افعل كذا لايكون يميناً، لانه ليس بمتعارف عندهم. و معنى - زنم - امرأتي. و - زن - اسم المرأة، و زيد فيه الميم الساكنة ليدل على معنى امرأتي، والميم بمعنى ياء المتكلم، و لم اجد من الشراح من تكلم في هذا الموضع و لا ذكر ما ذكره المصنف مع انهم اهل اللسان. غير ان الكاكي ذكر مثل ما ذكر المصنف و لم يضبط شيئاً من ذلك و لافسر لفظا منه بالعربي و العبد الضعيف تكلم فيه كما ينبغي مع كوني دخيلا في هذا اللسان (قال) اي المصنف (و كذا قوله لعمر الله، و أيم الله) هذا عطف على اصل المسألة و هو قوله اقسم الى آخره أي و كذا يكون يميناً هذان اللفظان، اما قوله - لعمر الله - فلقوله تعالى لعمرك انهم لفي سكرتهم يعمهون(١) و العمر(٢) بفتح العين و ضمها البقاء الا ان الضم لم يستعمل في القسم، و اشار المصنف الى ان معناه البقاء بقوله (لان عمر الله بقاء الله) و البقاء من صفات الذات فجاز الحلف به فكانه قال و الله الباقي و أيم الله، فقد جاء في لفظ النبي صلى الله عليه وسلم في حديث رواه البخاري(٣) عن ابن عمر قال بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثا .. الحديث، و فيه و ايم الله ان كان لخليقا للامارة، الحديث (و أيم الله(٤) معناه أيمن الله، و هو جمع يمين) و هو مذهب اهل الكوفة فكان التقدير و أيمن الله قسمي كانه قال حلفت بالله، فيكون

---

(١) يعمهون - الحجر - ٧٢. (٢) و العمر الخ راجع عمدة القاري باب قول الرجل لعمر الله ص١٨٦ ج٢٣.
(٣) البخاري كتاب الايمان باب قول النبي صلى الله عليه وسلم و ايم الله ص٩٨٠ ج٢ و كتاب الاحكام باب من لم يكترث لطعن من لايعلم في الامراء ص١٠٦٦ ج٢ و باب مناقب زيد بن حارثة ص٥٢٨ ج١ و كتاب المغازي و مسلم باب فضائل زيد بن حارثة ص٢٨٣ ج٢ و الترمذي باب مناقب زيد بن حارثة ص٢٢٢ ج٢. (٤) و ايم الله - راجع العمدة باب قول النبي صلى الله عليه وسلم و ايم الله ص١٦٧ ج٢٣ و فتح القدير ص٣٦١ ج٤ =>

و قيل معناه و اللّه و أيم صلة كالواو، و الحلف باللفظين متعارف، و كذا قوله و عهد اللّه و ميثاقه، لان العهد يمين، قال اللّه تعالى و اوفوا بعهد اللّه. و الميثاق عبارة عن العهد، و كذا اذا قال علي نذر، او نذر اللّه لقوله عليه الصلوة و السلام من نذر نذراً و لم يسم فعليه كفارة يمين

يميناً، و به قال احمد و الشافعي رحمهما اللّه تعالى في وجه و قال في وجه لايكون يميناً بدون النية (و قيل معناه و اللّه، و أيم صلة) اي من صلات القسم زائدة (كالواو) اي في و أيم اللّه و هذا عند البصريين، قال الاكمل معناه و اللّه، و كلمة ايم صلة اي كلمة مستقلة كالواو، و فيه تامل. و قال الزمخشري حذف نون أيم و حذف همزته عند الدرج للتخفيف في القسم و فيه دليل على ان همزته عنده همزة قطع كما هو مذهب الفراء فانه يزعم انه جمع يمين فسقوطها عند الوصل لاجل التخفيف في القسم (و الحلف باللفظين) و هما عمر اللّه و أيم اللّه (متعارف) عند العرب استعملتهما في القسم و الحلف باللفظين، و هما عمر اللّه و أيم اللّه متعارف، يعني ان العرب استعملتهما في القسم و لم يرد النهي عنه، و هما مشهوران لغة و عرفا و شرعا (و كذا قوله و عهد اللّه و ميثاقه) اي و كذا يمين قول الحالف بعهد اللّه و ميثاقه (لان العهد يمين، قال اللّه تعالى و اوفوا بعهد اللّه)(١) اذا عاهدتم و لا تنقضوا الايمان بعد توكيدها و قد جعل اللّه عهد اللّه في القرآن يميناً كما ترى (و الميثاق عبارة عن العهد) يعني في معناه فاذا حلف بميثاق اللّه يكون يميناً كما في عهد اللّه، و كذا اذا حلف بذمة اللّه يكون يميناً كذا في الاصل، و الذمة العهد كذا في الفائق، فعلى هذا يكون ذمة اللّه يميناً لعهد اللّه لانه في معناه (و كذا) اي و كذا يكون يميناً (اذا قال علي نذر او نذر اللّه لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلى اللّه عليه وسلم (من نذر نذراً و لم يسم فعليه كفارة يمين) هذا الحديث اخرجه ابوداود (٢) و ابن ماجة عن ابن عباس رضي اللّه عنه أن رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم قال من نذر ... الحديث. و روى الترمذي(٣) عن عقبة بن عامر رضي اللّه تعالى عنه قال قال رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم كفارة النذر اذا لم يسم كفارة يمين. و قال الحاكم في كافيه و ان حلف بالنذر فان نوى شيئا من حج او عمرة فعليه ما نوى، و ان لم يكن له نية فعليه كفارة يمين و هاهنا اربع مسائل(٤) الاول إن

=> و قد اطنب الكلام في تحقيق لفظة ايمن اللّه صاحب لسان العرب فافاد و اجاد مادة يمن. (١) بعهد اللّه - النحل - ٩١. (٢) ابوداود - من نذر نذرا لايطيقه ص١١٦ ج٢ و ابن ماجة باب من نذر نذرا و لم يسمه ص١٥٥. (٣) الترمذي باب في كفارة النذر اذا لم يسم ص١٨٤ ج١ و مسلم كتاب النذور ص٤٥ ج٢ و ابن ماجة ص١٥٥ و التفصيل في نصب الراية ص٢٩٥ ج٣. (٤) اربع مسائل الخ كذا في الكفاية ص٣٦٢ ج٤.

و ان قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يميناً، لانه لما جعل الشرط علماً على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع، و قد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يميناً كما نقول في تحريم الحلال، و لو قال ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس و لايكفر اعتباراً بالمستقبل، و قيل

نذر نذراً مطلقا فهو يمين كما ذكره في الكتاب. الثانية ان يقول لله علي نذر صوم كذا، فعليه الوفاء بمانذر، الثالثة ان يعلق نذرا بشرط كما اذا قال اذا جاء فلان او اذا شفي الله مريضي فعلي صوم يوم كذا، فعليه الوفاء بما سمى. الرابعة ان يقول علي نذر ان لا افعل كذا، فهو ينعقد يميناً و موجبه موجب اليمين. و للشافعي رحمه الله تعالى ثلاثة اقوال في هذه المسائل في قول يمين و في قول يتخير بين الوفاء بالنذر و الكفارة و به قال احمد رحمه الله تعالى و في قول يجب الوفاء بما سمى (و ان قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يميناً لانه) اي لان هذا القائل (لما جعل الشرط علماً على الكفر) اي لما جعل ذلك الشيء الذي حلف عليه علماً، اي علامة على الكفر يعني شرطا له (فقد اعتقده واجب الامتناع) اي فقد اعتقد المحلوف عليه واجب الامتناع كهتك حرمة اسم الله، فصار يميناً، فكانه قال حرمت علي نفسي ما حلفت عليه (و قد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يميناً) اي بوجوب الامتناع بغير الشرط و هو اليمين. و قال تاج الشريعة قوله بوجوبه بغيره و هو مباشرة الفعل الذي يحصل به النصرانية او اليهودية يعني أنه اعتقد لو فعل كذا يصير نصرانياً فيجب الامتناع من ذلك الفعل (كما نقول في تحريم الحلال) بان قال كل حل علي حرام، فانه يكون يميناً. فان قلت يشكل اذا قال ان فعلت كذا فعلي غضب الله حيث لايجعل يميناً، و ان جعل علماً على غضب الله الذي هو واجب الامتناع. قلت الغضب قد يتحقق بارتكاب محظور من فروع الدين، و به لايصير حالفاً لانه حرمة تلك الاشياء مما يحتمل الفسخ و التبديل، فلايكون في معنى حرمة الله، بخلاف حرمة الكفر، لانه لايحتمل الفسخ و التبديل (و لو قال ذلك) اي قوله ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر (الشيء قد فعله) في الماضي كاذباً قصداً (فهو الغموس) اي اليمين الغموس لا كفارة فيها عندنا، و لكن هل يكفر ام لا فيه اختلاف المشايخ (و لايكفر) روي ذلك عن ابي عبدالله البلخي، فانه قال لايكفر و كذا روي عن ابي يوسف رحمه الله تعالى (اعتبارا بالمستقبل)(١) اي اعتبارا للماضي بالمستقبل لان الكفر بالاعتقاد و هو لم يقصد الكفر، و انما قصد ان يصدق في مقابلته (و قيل

---

(١) اعتبارا بالمستقبل و في العناية يعني كما لو حلف به على امر في المستقبل فانه في المستقبل كان يمينا يكفر و لايكفر الحالف كذالك اذا كان في الماضي و في الكفاية و لايكفر في المروي عن ابي يوسف رحمه الله =

يكفر، لانه تنجيز معنى كما اذا قال هو يهودي، و الصحيح انه لايكفر فيهما ان كان يعلم انه يمين فان كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل و لو قال ان فعلت كذا فعلي غضب الله او سخط الله فليس بحالف، لانه دعاء على نفسه و لايتعلق ذلك بالشرط، و لانه غير متعارف و كذا اذا قال ان فعلت كذا فانا زان او سارق او شارب خمر او آكل ربا لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ و التبديل

يكفر) قاله محمد بن مقاتل الرازي كذا في شرح الطحاوي (لانه) اي لان ذلك القول في الماضي (تنجيز معنى) و ان كان تعليقاً صورة، لانه علقه بما هو موجود و التعليق بشيء كائن تنجيز فكانه قال هو كافر لان كلامه خرج مخرج التحقيق فيكفر به (كما اذا قال هو يهودي) لانه صريح بالكفر (و الصحيح انه لايكفر فيهما) اي في الماضي و المستقبل (ان كان يعلم انه يمين، فان كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما) اي في الماضي و المستقبل (لانه رضي بالكفر، حيث اقدم على الفعل) لانه بالاقدام صار مختاراً للكفر، و اختيار الكفر كفر، و في المحيط لو قال ان فعلت كذا فاشهدوا علي بالنصرانية فهو يمين (و لو قال لو فعلت كذا فعلي غضب الله او سخط الله فليس بحالف، لانه دعاء على نفسه. و لا يتعلق ذلك بالشرط) لان الشرط ما له اثر من وجود الجزاء عند وجوده لتعلقه به، و لا اثر لوجود الشرط مع عدم المعصية في وجود الغضب، و لا لعدم الشرط مع وجود المعصية في وجود الغضب فعلم ان الغضب من مسببات المعصية لا من مسببات التعليق. و كذا لا اثر في وجود هذه الافعال، لان وجودها باسباب أخر (و لانه غير متعارف) اي و لان قوله ان فعلت فعلي غضب الله او سخطه غير متعارف باليمين. و قال الحاكم لو دعى على نفسه باللعنة او الموت او عذاب النار لايكون يميناً، و كذا اذا قال هو ياكل الميتة او يستحيل الدم او لحم الخنزير او يترك الصلاة او الزكاة ان فعل كذا لايكون يميناً، لان ذلك وعد لالتزام شيء (و كذا اذا قال ان فعلت كذا فانا زان او سارق او شارب خمر او آكل ربا) يعني لايكون يميناً بهذه الالفاظ (لان حرمة هذه الاشياء) اي حرمة الزنا و السرقة و شرب الخمر و اكل الربا (تحتمل النسخ و التبديل) اما الزنا(١) و السرقة فلايحتملان النسخ. و لكن ذلك الفعل

=> تعالى اعتبارا للماضي بالمستقبل و هذا لانه قصد به اليمين و لم يقصد به تحقيقه انتهى و في البدائع ص٨ ج٣ روى عن ابي يوسف لايكفر و هو الصحيح لانه ما قصد به الكفر و لا اعتقده و انما قصد به ترويج كلامه و تصديقه فيه انتهى. (١) اما الزنا الخ كذا في العناية ص٣٦٣ ج٤ و فيه في كلام المصنف لف و نشر على غير السنن و ذلك لان قوله نسخا متعلق بشرب الخمر و اكل الربا و قوله تبديلا بالزنا و السرقة و يراد بالتبديل انقلاب المحل على ما ذكر الخ.

فلم تكن(١) في معنى حرمة الاسم، و لانه ليس بمتعارف

المقصود بالزنا، و العين المقصودة بالسرقة بعينه جاز ان يكون حلالاً له بوجه النكاح و ملك اليمين، فسمي احتمال انقلابهما من الحرمة الى الحل بالسبب الشرعي نسخاً و تبديلاً اذ المراد بالنسخ الرفع، و بالتبديل التغيير. و اما الخمر و الربا فيحتملان النسخ و لهذا كان الخمر حلالاً ثم نسخ، و الربا يحتمل النسخ في نفسه و ان لم يرد النسخ في حقه، و لهذا كان مباحاً في دار الحرب، و لانه لايكون زانياً او سارقاً او شارب خمر او آكل ربا بمجرد قوله - أنا زان او سارق - فيمابينه و بين الله تعالى بدون اتصال الفعل بالحالف، بخلاف قوله انا يهودي او نصراني (فلم يكن في معنى حرمة الاسم) اي فلم يكن في معنى حرمة هتك اسم الله تعالى، لان حرمة اسم الله تعالى لايحتمل النسخ اصلا لقيام دليل الوحدانية و هو حدوث العالم و ليست كذلك الاشياء المذكورة لما ذكرنا (و لانه ليس بمتعارف) اي لان الحلف بهذه الاشياء ليس بمتعارف، و هذا هو الاصح في التعليل، و لا خلاف(٢) للائمة الاربعة رحمهم الله تعالى في هذه المسائل. فروع(٣) لو قال اني عبدك اشهدك و اشهد ملائكتك اني لا ادخل دار فلان فليس بيمين. و لو قال ان فعلت كذا فانا بريء من الكتب الاربعة فهي يمين واحدة. و لو قال انا بريء من الانجيل، و بريء من التوراة، و بريء من الزبور، و بريء من الفرقان، فهذه اربعة ايمان و كذا لو قال بريء من الله، و بريء من رسول الله، و الله و رسوله بريئان منه فهو اربعة ايمان. لو قال بريء من الله و رسوله فيمين واحدة. و لو قال و الله و الرحمن يكون يمينين الا ان يوكد الاول. و روى الحسن(٤) عن ابي حنيفة و به قال زفر يكون يميناً واحدة و ان دخل بينهما حرف العطف. و لو قال و الله فهو يمين، و لو قال و الله و الله يكون يميناً واحدة استحسانا و في المنتقى لو قال و الله و والله او قال و الله ثم و الله لا افعل كذا، و ان فعلت كذا فهو يمين واحدة استحساناً. و في القياس يمينان و به ناخذ. و عن ابي يوسف اذا قال و الله لا اكلمك و الله لا اكلمك فهما يمينان. و روى الحسن ان نوى بالثاني الخبر عن الاول يصدق ديانة، و لو قال و الله لا اكلم فلاناً يوماً و الله لا اكلمه شهراً و الله لا اكلمه سنة، ان كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة ايمان، و ان كلمه بعد يوم فعليه يمينان، و ان كلمه بعد شهر فعليه يمين واحدة، و ان كلمه بعد سنة فلاشيء عليه.

---

(١) فلم تكن - ن - فلم يكن. (٢) و لا خلاف الخ لكن المغنى ص١٩٨ ج١١ يشعر ان فيها اختلافا. (٣) فروع راجع فتح القدير ص٣٦٣ ج٤ و الفتاوى الهندية ص٥٥ ج٢ و مابعده. (٤) و روى الحسن الخ و في فتح القدير و روى الحسن عن ابي حنيفة ان عليه في المختلفة كفارة واحدة لان الواو الكائنة بين الاسماء للقسم لا للعطف و به اخذ مشائخ سمرقند و اكثر المشائخ على ظاهر الرواية الخ.

فصل في الكفارة

قال كفارة اليمين عتق رقبة يجزي فيها ما يجزي في الظهار، و ان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوباً

(فصل في الكفارة)(١)

اي هذا فصل في بيان الكفارة. و لما فرغ من بيان الموجب بكسر الجيم و هو الحنث شرع في بيان الموجب بالفتح و هو الكفارة، لانها موجبة عند الحنث، فان اليمين سبب الكفارة بطريق الانقلاب(٢) و قال بعض اصحاب الشافعي اليمين سبب عند الحنث كملك النصاب عند تمام الحول. و قال عامة اصحابه السبب اليمين و الحنث جميعاً لانه لو كان مجرد اليمين سبباً لوجبت الكفارة. و ان لم يوجد الحنث و لكن يلزم عليهم ان لايجوز الكفارة، قبل الحنث لعدم السبب قبله، و لهذا اختار صاحب الوجيز الاول (قال) اي القدوري (و كفارة اليمين عتق رقبة يجزي فيها ما يجزي في الظهار) يعني(٣) الرقبة المسلمة و الكافرة و الذكر و الانثى و الصغير و الكبير لان الله عزوجل اطلق الرقبة في الموضعين و لم يقيد فجاز هنا ما جاز ثمة و لاتجزئ العمياء و لا المقطوعة اليدين او الرجلين و المقطوعة يده و رجله من جانب واحد، بخلاف العوراء و مقطوعة احدى اليدين و احد الرجلين. و في الاصم اختلاف المشايخ و الاصح الجواز اذا صيح سمع (و ان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوباً) اعلم ان الواجب على الغني احد الاشياء الثلاثة و هي عتق رقبة و كسوة عشرة مساكين و طعام عشرة منهم، و يتعين ذلك باختيار العبد، لان كلمة او في الآية للتخيير و هو مذهب عامة الفقهاء و المتكلمين. و قال بعضهم احدها واجب عينا عند الله تعالى، و ان كان مجهولا عند العباد و الله تعالى يعلم ان العبد يختار ما هو الواجب عنده عزوجل، و قالت المعتزلة الواجب الكل على البدل على معنى انه لايجب تحصيل الكل، و لايجوز ترك الاكل، و اذا اتى بواحد كفى، ثم ان المكفر اذا اختار الكسوة عشرة مساكين لكل مسكين

(١) الكفارة على الفعالة بالتشديد من الكفر و هو التغطية و منه قيل للزارع كافر لانه يغطى البذر و كذالك الكفارة لانها تكفر الذنب اي تستره و منه تكفر الرجل بالسلاح اذا تستر به و في الاصطلاح الكفارة ما يكفر به من صدقة و نحوها انتهى ما في عمدة القاري اوائل كتاب كفارات الايمان ص٢١٦ ج٢٣. (٢) بطريق الانقلاب الخ و في العناية عند الانقلاب لان اليمين لم تشرع للكفارة بل تنقلب موجبة لها عند انتقاضها بالحنث. (٣) يعني الخ كذا في فتح القدير و لفظة و تقدم المجزئ في الظهار من انها المسلمة و الكافرة الخ و راجع لتفصيل مسائل الكفارة الاوجز العمل في كفارة الايمان ص١٥٢ ج٤ و العمدة باب قول الله تعالى او تحرير رقبة ص٢٢٠ ج٢٣ و المغنى ص٢٦٢ ج١١.

فمما زاد و ادناه ما يجوز فيه الصلوة و ان شاء اطعم عشرة مساكين

ثوباً ازاراً او رداء او قميصا او كسى جبة او ملحفة، لان لابس هذه الاشياء يسمى مكتسيا فيجزئ كل واحد. (فما زاد)(١) اي فما زاد على الثوب (و ادناه) اي ادنى الثوب (ما يجوز فيه الصلاة) لان لبس ما لايجوز فيه الصلاة لايسمى لابساً (و ان شاء اطعم عشرة مساكين

(١) فمازاد يعني ان كساه ثوبين او ثلاثة فهو افضل الفتح و قال شيخ الحديث محمد زكريا رحمه الله تعالى في اوجز المسالك ص١٥١ الى ص١٥٦ ج٤ اعلم ان المصنف رحمه الله تعالى (الامام مالك) اجمل الكلام على انواع الكفارة و هي كثيرة الفروع و طويلة الاذيال و نذكر منها ما لابد من معرفتها لطالب الحديث و الاصل فيه كما تقدم قوله عز اسمه فكفاته اطعام عشرة مساكين من اوسط ما تطعمون اهليكم الآية و فيه عدة ابحاث الاول اي فائدة في تقديم الطعام على العتق مع ان العتق افضل لا محالة و اجيب بوجوه احدها ان المقصود منه التنبيه على هذه الكفارة وجبت على التخيير لا على الترتيب لانها لو وجبت على الترتيب لوجبت البداءة بالاغلظ و ثانيها قدم الاطعام لانه اسهل لكونه اعم وجوداً و المقصود التنبيه على انه تعالى يراعي التخفيف و التسهيل في التكاليف و ثالثها ان الاطعام افضل لان الحر الفقير قد لايجد الطعام و لايجد هناك من يعطيه فيقع في الضر و كذا في التفسير الكبير للرازي و تقدم قريبا الاجماع على التخيير في الثلاثة خلافا لما حكى عن ابن عمر و قول الموفق لانعلم خلافا في التخيير و الثاني في مقدار الاطعام قال الخرقي هو لكل مسكين مد من حنطة او مدان تمرا او شعيراً و في التفسير الكبير قال الشافعي نصيب كل مسكين مد و هو ثلثا من و هو قول ابن عباس و زيد بن ثابت و الحسن و القاسم و قال ابوحنيفة الواجب نصف صاع من الحنطة و صاع من غيرها الخ. و تقدم ما قال الباجي ان الاطعام في كفارة اليمين مد بمد النبي صلى الله عليه وسلم في المدينة و اختار اشهب بمصر مدا و ثلثا و اختار ابن وهب مدا و نصفاً الخ و قال الدردير لكل واحد مد مما يخرج في زكوة الفطر و ندب بغير المدينة زيادة ثلثه قاله اشهب او نصفه قاله ابن وهب و عند الامام الزيادة بالاجتهاد لابحد و هو الوجه قال الدسوقي لكن ظاهر المدونة ان مالكا رحمه الله يقول بوجوب الزيادة و قوله لغير المدينة اما اهل المدينة فلايندب لهم الزيادة الخ و الثالث في انواع الاطعمة و تقدم عن الدردير انه مد مما يخرج في زكوة الفطر قال الدسوقي و هي الانواع التسعة القمح و الشعير و السلت و الزبيب و الدخن و الزرة و الارز و العلس و التمر و هذه طريقة لبعضهم و الطريقة الثانية ان المد انما يعتبر اذا اخرج من البر و اما اذا اخرج من الشعير او التمر او غير ذلك فليخرج وسط الشبع الخ. و ذكر محشيه ان الصواب بدل العلس الاقط الخ. و في الروض المربع في كفارة الظهار يجزي التكفير بما يجزي في فطرة من بر و شعير و تمر و زبيب و اقط و لايجزئ غيرها و لو قوت بلده الخ و قال الموفق في كفارة اليمين اما مقدار ما يعطي كل مسكين و جنسه فقد ذكرناه في باب الظهار و نص الخرقي على انه يجزئ الدقيق و الخبز و نص عليه احمد ايضا و روى عنه لايجزئ الخبز و هو قول مالك و الشافعي و لنا ما روى الامام في تفسيره عن ابن عمر من اوسط ما تطعمون اهليكم قال الخبز و اللبن و في رواية عنه قال الخبز و التمر و الخبز و

كالاطعام في كفارة الظهار،

كالاطعام في كفارة الظهار) فيعطي لكل واحد من عشرة مساكين صاعاً من تمر او شعير او نصف

الزيت و الخبز و السمن الخ. و قال الباجي في ذيل القول السابق قوله اعطوا مدا من حنطة نص على تجويز اخراج الحنطة و لا خلاف فيه و الذي يخرج في ذلك من الطعام ما يقتاته الناس غالباً و لايستعمل غالباً الا على وجه القوت كالقمح و الشعير وغيرهما اما القمح فمن اخرجه اجزاه لانه افضل ما يتقوت و اما الشعير فان كان ياكل الشعير و قوت الناس القمح فان كان ذلك لفقر اجزاه لانه قوته على الحقيقة و ان كان ذلك لبخل و هو يقدر على الحنطة لم يجزه الا الحنطة حكاه ابن حبيب عن اصبغ و قال ابن مواز يخرج مما ياكل و اما الدقيق فانه يجزي اذا اعطى منه قدر ريعه و كذالك الخبز في الكفارات التي يطعم فيها قاله ابن حبيب عن اصبغ الخ و الاطعام عند الحنفية كالفطرة قدراً و مصرفا او قيمة ذلك من غير المنصوص كما في الدر المختار و الرابع الواجب التمليك فقط عند الشافعي و احمد رحمهما الله يجوز الاباحة ايضا عند مالك و الحنفية قال الرازي في تفسيره قال الشافعي رحمه الله تعالى الواجب تمليك الطعام و قال ابوحنيفة رضي الله تعالى اذا غدى و عشى عشرة مساكين جاز حجة الشافعي ان الواجب في هذه الكفارة احد الامور الثلثة الاطعام او الكسوة او الاعتاق و اجمعنا على ان الواجب في الكسوة التمليك فوجب ان يكون في الاطعام ايضا و حجة ابي حنيفة ان الآية دلت على ان الواجب الاطعام و التغدية و التعشية هما اطعام بدليل قوله تعالى و يطعمون الطعام على حبه مسكينا و يتيماً الآية و قال من اوسط ما تطعمون اهليكم و اطعام الاهل يكون بالتمكين لا بالتمليك. و في كفارة الظهار من الروض المربع ان غدي المساكين او عشاهم لم يجزه لعدم التمليك الخ. قال الدردير او لكل رطلان خبزاً بادام ندبا فيجزي بلا ادام علي الراجح و التمر و البقل ادام كشبعهم مرتين كغداء و عشاء او غدائين او عشائين و سواء نوالت المرتان ام لا فصل بينهما بطول ام لا مجتمعين العشرة او متفرقين متساويين في الاكل ام لا و المعتبر الشبع الوسط في المرتين و لو اكلوا اكثر من العشرة الامداد في كل مرة او لم يبلغ الامداد العشرة الخ و في الدر المختار و ان اراد الاباحة فغداهم و عشاهم او غداهم و اعطاهم قيمة العشاء او عكسه او اطعمهم غدائين او عشائين او عشاء و سحوراً اشبعهم جاز بشرط ادام في خبز شعير و ذرة لابر الخ و الخامس ما في التفسير الكبير قال الشافعي لايجزئ الا اطعام عشرة و قال ابوحنيفة لو اطعم مسكينا واحدا عشرة ايام جاز الخ و قال الموفق المكفر لايخلو من ان يجد المساكين بكمال عددهم او لايجد فان وجدهم لم يجزئه اطعام اقل من عشرة في كفارة يمين و بهذا قال الشافعي و ابوثور و اجاز الاوزاعي دفعها الى واحد و قال ابوعبيد ان خص بها اهل بيت شديدي الحاجة جاز و قال اصحاب الراي يجوز ان يردها على مسكين واحد في عشرة ايام و لايجوز دفعها اليه في يوم واحد و حكاه ابوالخطاب رواية عن احمد لانه في كل يوم اطعم مسكيناً ما يجب للمسكين فاجزأ كما لو اعطي غيره و الحال الثاني العاجز عن عدد المساكين كلهم فانه يردد على الموجودين منهم في كل يوم حتى تتم عشرة فان لم يجد الا واحدا ردد عليه تتمة عشرة ايام و ان وجد اثنين ردد عليه خمسة ايام و نحو هذا قال الثوري و هو اختيار اكثر الاصحاب و عن

احمد رواية اخرى لايجزئه الا كمال العدد و هو مذهب مالك و الشافعي الخ. و قال الدردير لايجزئ مكرر من طعام او كسوة لمسكين كخمسة يطعم كل واحد مدين او يكسى كل واحد ثوبين قال الدسوقي قوله مكرر اي تكفير مكرر لمسكين عند الائمة الثلاثة لوجوب العدد بالتصريح و اجاز ابوحنيفة دفعها لواحد لان المقصود منها سد الخلة لامحلها فمتى سد عشر خلات و لو في واحد فقد اتى بالمطلوب الخ قلت و يجوز عند الحنفية ان يطعم واحداً عشرة ايام كما صرح في فروعهم سواء وجد غيره ام لا. السادس ما في المغنى ان الطفل الذي لم يطعم الطعام لايجوز دفع الكفارة اليه في ظاهر كلام الخرقي و القاضي و هو ظاهر قول مالك و احدى الروايتين عن احمد و الاخرى له يجوز و يقبض له وليه و هو الذي ذكره ابوالخطاب في المذهب قال و هو قول اكثر الفقهاء و هو مذهب الشافعي و اصحاب الرأي الخ و في المنتقى قال ابن حبيب لايجزى ان يغدى الصغار و يعشيهم و لكن ان اعطاهم فليعطهم ما يعطى الكبار و يجزئه ان يعطى الصغير من الطعام المصنوع مثل ما ياكل الكبير قال ابن المواز اذا كان فطيما و معنى ذلك انه اذا كان يرضع لم يتغذ الطعام و لا يتاتى بيعه في الاغلب فكان حكمه ان يدفع اليه حنطة يتاتى له بيعها و انتفاعه بها في غير القوت او ادخارها الى ان تضاف الى مثلها الخ و قال الدردير الرضيع كالكبير في الكسوة و الاطعام بنوعيه الامداد و الخبز بشرط ان ياكل الطعام و ان لم يستغن به عن اللبن على الاصح فيعطى رطلين خبزاً و لو لم ياكله الا في مرات و لايكفي اشباعه المرتين الا اذا استغنى عن اللبن و يعطى كسوة كبير الخ. و في ظهار الشامي عن البدائع اطعام الصغير عن الكفارة جائز بطريق التمليك لا الاباحة الخ. و السابع ما في الكبير ان الكسوة في اللغة معناها اللباس و هو كل ما يكتسي به فاما التي تجزي في الكفارة فهو اقل ما يقع عليه اسم الكسوة ازارا و رداءا او قميص او سراويل او عمامة او مقنعة ثوب واحد لكل مسكين و هو قول ابن عباس و الحسن و مجاهد و هو مذهب الشافعي الخ. وقال الموفق لا خلاف في ان الكسوة احد اصناف كفارة اليمين و لاتدخل في كفارة غير كفارة اليمين و لايجزئه اقل من كسوة عشرة و تتقدر الكسوة بما تجزئ الصلوة فيه فان كان رجلاً فثوب تجزئ الصلوة فيه و ان كانت امرأة فدرع و خمار و بهذا قال مالك و ممن قال لاتجزي السراويل الاوزاعي و ابويوسف و قال ابراهيم ثوب جامع و قال الحسن كل مسكين حلة ازار و رداء و قال ابن عمر و عطاء و طاوس و مجاهد و عكرمة و اصحاب الراي يجزئه ثوب ثوب و لم يفرقوا بين الرجل و المرأة و قال الشافعي يجزئه اقل ما يقع عليه الاسم من سراويل او ازار او عمامة او مقنعة و في القلنسوة وجهان الخ. و قال الدردير و كسوتهم اي العشرة و يكفى الملبوس الذي فيه القوة على الظاهر اي فلايشترط ان تكون جديدة للرجل ثوب يستر جميع جسده لا ازار او عمامة و للمرأة درع اي قميص ساتر و خمار و لو كانت الكسوة غير وسط كسوة اهل بلده بل دون كسوتهم بخلاف الطعام فان المعتبر فيه عيش اهل البلد الخ. بزيادة من الدسوقي و في الدرالمختار او كسوتهم بما يصلح للاوساط و ينتفع به فوق ثلثة اشهر و يستر عامة البدن فلم يجز

السراويل قال ابن عابدين قوله ينتفع به فوق ثلاثة اشهر لانها اكثر نصف مدة الثوب الجديد كما في الخلاصة فلايشترط كونه جديداً و قوله يستر عامة البدن اي اكثره كالملاءة و الجبة و القميص و هذا بيان لادناه عندهما و عند محمد ما تجوز فيه الصلوة و عليه فيجزئ دفع السراويل عنده للرجل لا للمرأة و قوله فلم يجز السراويل لان لابسه يسمى عريانا عرفا و لاتجزئ العمامة الا ان امكن ان يتخذ منها ثوب مجزئ و اما القلنسوة فلاتجوز بحال و لابد للمرأة من خمار مع الثوب الخ. و الثامن ما في المغنى اذا اطعم بعض المساكين و كسى الباقين بحيث يستوفى العدد اجزاه في قول امامنا و الثوري واصحاب الراي و قال الشافعي لايجزئه الخ. و قال الباجي اذا كفر بالكسوة او الاطعام فالمختار ان تكون الكفارة كلها كسوة او طعاماً فان كسا خمسة و اطعم خمسة فاختلف قول ابن القاسم فيه فقال يجزيه و اظنه قول مالك و قال لايجزيه قال اشهب و يضيف الى ما شاء منها تمام العشرة الخ و قال الدردير لاتجزئ الكفارة ملفقة من نوعين فاكثر كاطعام مع كسوة و اما من صنفي نوع فيجزئ في الطعام فيجوز تلفيقها من الامداد و الارطال و الشبع قال الدسوقي و غير الطعام لايتاتى فيه اصناف و جميع افراد الكسوة صنف واحد الخ. قال الخرقي ان اعتق نصف عبد و اطعم خمسة مساكين او كساهم لم يجزه قال الموفق لانعلم في هذا خلافا لان مقصودهما مختلف متباين اذا كان القصد من العتق تكميل الاحكام و تخليص المعتق من الرق و القصد من الاطعام و الكسوة سد الخلة و ابقاء النفس بدفع المجاعة في الطعام و ستر العورة و دفع ضرر الحر و البرد في الكسوة فلتقارب معناهما و اتحاد مصرفهما جريا مجريا الجنس الواحد بخلاف العتق الخ. و التاسع ما قال الخرقي لو اعطاهم مكان الطعام اضعاف قيمته ورقا لم يجزه قال الموفق لايجزئ في الكفارة اخراج قيمة الطعام و لا الكسوة في قول امامنا و مالك و الشافعي و اجاز الاوزاعي و اصحاب الرأي الخ. و العاشر في مصرف الكفارة قال الموفق يعتبر في المدفوع اليهم اربعة اوصاف ان يكونوا مساكين و هم الصنفان اللذان تدفع اليهم الزكوة المذكوران في اول اصنافهم في قوله تعالى انما الصدقات للفقراء و المساكين و الفقراء مساكين و زيادة لكون الفقير اشد حاجة من المسكين و الثاني ان يكونوا احراراً فلايجوز دفعها الى عبد و لا مكاتب و لا ام ولد و بهذا قال مالك و الشافعي و اختار الشريف ابوجعفر جواز دفعها الى مكاتب نفسه وغيره و قال ابوالخطاب يتخرج جواز دفعها اليه بناء على جواز اعتاقه في كفارته و الثالث ان يكونوا مسلمين فلايجوز صرفها الى كافر ذميا كان او حربيا و بذلك قال الحسن و الاوزاعي و مالك و الشافعي واسحق و ابوعبيد و قال ابوثور و اصحاب الراي يجوز دفعها الى الذمي و روى هذا عن الشعبي و خرجه ابو الخطاب وجهاً في المذهب بناء على جواز اعتاقه في الكفارة و قال الثوري يعطهم ان لم يجد غيرهم و الرابع ان يكونوا قد اكلوا الطعام فان كان طفلا لم يطعم لم يجز قلت تقدم الكلام على الطفل قريبا في البحث السادس ثم قال الموفق و يعطى من اقاربه من يجوز ان يعطيه من زكوة ماله و بهذا قال الشافعي و ابوثور و لانعلم فيه مخالفا و كل من يمنع من الزكوة من الغني و الكافر و

الرقيق يمنع اخذ الكفارة و هل يمنع بنوهاشم فيه وجهان احدهما يمنعون منها لانها صدقة واجبة قياساً على الزكوة و الثاني لايمنعون لانها لم تجب باصل الشرع فاشبهت صدقة التطوع الخ. و قال الدردير اطعام عشرة مساكين و المراد بالمسكين ما يعم الفقير و شرطه الحرية و الاسلام و عدم لزوم نفقته على المخرج قال الدسوقي و حينئذ فلايجوز ان يدفع منها الرجل لزوجته او ولده الفقير و يجوز ان تدفع الزوجة منها لزوجها و ولدها الفقيرين الخ و في الدر المختار مصرفها مصرف الزكوة فما لا فلا قيل الا الذمي خلافا للثاني و بقوله يفتي قال ابن عابدين قوله الا الذمي فانه لايجوز دفع الزكوة اليه و يجوز دفع غيرها خلافا للثاني فعنده لا استثناء الخ. و في زكوة الدر المختار لايجوز صرفها الى من بينهما ولاد او بينهما زوجية و قالا تدفع هي لزوجها و لا الى مملوك المزكى و لو مكاتبا او مدبرا و لا الى بني هاشم و جازت التطوعات من الصدقات و الاوقاف لهم قال ابن عابدين قيد بها ليخرج بقية الواجبات كالنذر و العشر و الكفارات و جزاء الصيد الا خمس الركاز فانه يجوز صرفه اليهم ثم قال الحصكفي و لا تدفع الى ذمي و جاز دفع غيرها و غير العشر و الخراج الى الذمي و لو واجباً كنذر و كفارة و فطرة خلافا للثاني و بقوله يفتى و اما الحربي و لو مستامنا فجميع الصدقات لاتجوز له اتفاقا قال ابن عابدين قوله خلافا للثاني حيث قال ان دفع سائر الصدقات الواجبة اليه لايجوز اعتباراً بالزكوة و صرح في الهداية وغيرها أن هذا رواية عن الثاني و ظاهره ان قوله المشهور كقولهما و قوله به يفتى الذي في حاشية الخير الرملي عن الحاوي و بقوله ناخذ لكن كلام الهداية وغيرها يفيد ترجيح قولهما و عليه المتون الخ. و الحادي عشر ما في المغنى ان دفعها الى من يظنه مسكينا فبان غنيا ففي ذلك وجهان بناء على الروايتين في دفع الزكوة اليه احدهما لايجزئه و هو قول الشافعي و ابي يوسف و ابي ثور و ابن المنذر لانه لم يطعم المساكين فلم يجزئه كما لو علم و الثاني يجزئه و هو قول ابي حنيفة و محمد لانه دفعها الى من يظنه مسكينا و ظاهره المسكنة فاجزأه كما لو لم يعلم حاله و هذا لان الفقر يخفى و تشق معرفة حقيقته قال تعالى للفقراء الذين احصروا في سبيل الله لايستطيعون ضربا في الارض يحسبهم الجاهل اغنياء من التعفف فوجب ان يكتفي بظهوره و ظنه و كذلك لما سأل الرجلان من النبي صلى الله عليه وسلم الصدقة قال ان شئتما اعطيتكما منها و لاحظ فيها لغني و لا لقوي مكتسب و ان بان كافراً او عبداً لم يجزئه وجها واحداً كقولنا في الزكوة لان ذلك لايكاد يخفى و ليس هو في مظنة الخفاء الخ. و في زكوة الدر المختار دفع بتحر لمن يظنه مصرفا فبان انه عبده او مكاتبه او حربي اعادها و ان بان غناه او كونه ذمياً او انه ابوه او ابنه او امرأته او هاشمي لايعيد الخ. و الثاني عشر ما في المغنى ان اعتاق الرقبة احد خصال الكفارة بغير خلاف لنص الله تعالى و يعتبر فيها ثلاث اوصاف احدها ان تكون مومنة في ظاهر المذهب و هو قول مالك و الشافعي و ابي عبيد و عن احمد رواية اخرى ان الذمية تجزئ و هو قول عطاء و ابي ثور و اصحاب الرأي لقوله تعالى او تحرير رقبة و هذا مطلق فتدخل فيها الكافرة و لنا انه تحرير في كفارة

فلاتجزئ فيها الكافرة ككفارة القتل الخ. و في الهداية كفارة اليمين عتق رقبة يجزي فيها ما يجزئ في الظهار قال ابن الهمام و تقدم المجزئ في الظهار من انها المسلمة و الكافرة و الذكر و الانثى و الصغيرة و لايجزئ فائت جنس المنفعة بخلاف غيره الخ. و الثالث عشر ما قال الموفق الوصف الثاني ان تكون قد صامت وصلت و هذا قول الشعبي و مالك و اسحق و قال القاضي لايجوز من له دون السبع لانه لاتصح منه العبادات في ظاهر كلام احمد و ظاهر كلام الخرقي المعتبر الفعل دون السن فمن صلى و صام ممن له عقل يعرف الصلوة و الصيام و يتحقق منه الاتيان بنيته و اركانه فانه يجزي في الكفارة و ان كان صغيراً و لم يوجدا منه لم يجزئ في الكفارة و ان كان كبيراً و قال ابوبكر وغيره من اصحابنا يجوز اعتاق الطفل في الكفارة و هو قول الحسن و عطاء و الزهري و الشافعي و ابن المنذر لان المراد بالايمان ههنا الاسلام بدليل اعتاق الفاسق قال الثوري المسلمون كلهم مؤمنون عندنا في الاحكام و لاندري ما هم عند الله و لذا تعلق حكم القتل بكل مسلم بقوله تعالى و من قتل مؤمنا خطأ و الصبي محكوم باسلامه يرثه المسلمون و يرثهم و يدفن في مقابر المسلمين و قال القاضي في موضع يجزئ اعتاق الصغير في جميع الكفارات الا كفارة القتل فانها على روايتين و قال ابراهيم النخعي ما كان في القران من رقبة مؤمنة فلايجزئ فيه الا ما صام و صلى و ما كان من رقبة ليست بمؤمنة فالصبي يجزئ و نحوه قول الحسن و قال مجاهد و عطاء في قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة قالا قد صلت و نحوه قول الحسن و ابراهيم و قال مكحول اذا ولد المولود فهو نسمة فاذا تقلب ظهراً لبطن فهو رقبة فاذا صلي فهو مؤمنة و لان الطفل لاتصح منه عبادة لفقد التكليف فلم يجزئ في الكفارة كالمجنون و القول الاخر اقرب الى الصحة انشاء الله لان الايمان الاسلام و هو حاصل في حق الصغير و يدل عليه ما عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم بجارية اعجمية فقال يارسول الله ان على رقبة فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم اين الله فاشارت الى السماء قال من انا فاشارت الى رسول الله و الى السماء اي انت رسول الله قال اعتقها فحكم لها بالايمان بهذا القول و لايجزئ اعتاق الجنين في قول اكثر اهل العلم و به قال ابوحنيفة و الشافعي و قال ابوثور يجزئ لانه آدمي مملوك فصح اعتاقه كالمملوك و لنا انه لم تثبت له احكام الدنيا بعد الخ. قلت و لايجزئ الجنين عند مالك ايضا كما سياتي قريبا عن الدردير و في كفارة الظهار من الدر المختار هي تحرير رقبة و لو صغيراً رضيعاً او كافراً او مباح الدم قال ابن عابدين خرج الجنين و ان ولدته لاقل من ستة اشهر لانه رقبة من وجه جزء من الام من وجه حتى يعتق باعتاقها و دخل الكبير و لو شيخاً فانياً لكن في الهندية عن غاية السروجي لايجزئ الهرم العاجز الخ. الرابع عشر ما قال الموفق الوصف الثالث ان لايكون بها نقص يضر بالعمل و قد شرحنا ذلك في الظهار و يجزئ الصبي و ان كان عاجزاً عن العمل لان ذلك ماض الى زوال و صاحبه سائر الى كمال و لايجزئ المجنون لان نقصه لا غاية لزواله معلومة فاشبه الزمن الخ و قال في كفارة الظهار لايجزئ الا رقبة سالمة من

العيوب المضرة بالعمل ضررا بينا لان المقصود تمليك العبد منافعه و لايحصل هذا مع ما يضر بالعمل ضررا بينا فلايجزئ الاعمى و لا المقعد و لاالمقطوع اليدين او الرجلين و الشال كالمقطع في هذا و لايجزئ المجنون جنونا مطبقا و بهذا كله قال مالك و الشافعي و اصحاب الراي و ابوثور و حكى عن داود انه جوز كل رقبة يقع عليها الاسم اخذا باطلاق اللفظ و لنا ان هذا نوع كفارة فلم يجزئ ما يقع عليه الاسم كالاطعام فانه لايجوز ان يطعم مسوساً و لا عفنا و ان كان يسمى طعاماً و الآية مفيدة بما ذكرنا و لايجزئ مقطوع اليد او الرجل و لا اشلها و لا مقطوع ابهام اليد او سبابتها او الوسطى لان تفع اليد يذهب بذهاب هؤلاء و لايجزئ مقطوع الخنصر و البنصر من يد واحدة و ان قطعت كل واحدة من يد جاز و هذا الجميعة مذهب الشافعي و قال ابوحنيفة يجوز مقطوع احدى اليدين او احدى الرجلين و لو قطعتا من خلاف اجزأت لان منفعة الجنس باقية فاجزأت في الكفارة كالاعور فاما ان قطعتا من وفاق اي من جانب واحد لم يجزئ لان منفعة المشي تذهب و يجزي الاعور في قولهم جميعاً و قال ابوبكر فيه قول آخر لايجزئ و يجزئ المقطوع الاذنين و بذلك قال ابوحنيفة و الشافعي و قال مالك و زفر لايجزئ و يجزئ الاصم اذا فهم بالاشارة و يجزى الاخرس اذا فهمت اشارته و فهم بالاشارة و هذا مذهب الشافعي و ابي ثور و قال اصحاب الراي لايجزئ و هذا المنصوص عليه عن احمد لان الخرس نقص كثير يمنع كثيرا من الاحكام مثل القضاء و الشهادة و اكثر الناس لايفهم اشارته فيتضرر في ترك استعماله و ان اجتمع الخرس و الصمم فقال القاضي لايجزي و هو قول بعض الشافعية و المريض ان كان مرجو البرء كالحمى وغيره اجزأ و ان كان غير مرجو البرء كالسل لايجزى لان زواله يندر و اما نضو الخلق فان كان يتمكن معه من العمل اجزأ و الا فلا و يجزئ الاحمق و هو الذي يخطئ على بصير و يصنع الاشياء لغير فائدة و يرى الخطاء صوابا و الخصى و المجبوب و الرتقاء و الكبير الذي يقدر على العمل و يجزئ عتق الجاني و المرهون و المدبر و الخصي و ولد الزنا و لايجزئ عتق المغصوب لانه لايقدر على تمكينه منافعه و لا غائب غيبة منقطعة لايعلم خبره و ان لم ينقطع خبره اجزأ و لايجزئ عتق الحمل لانه لم تثبت له احكام الدنيا و لا عتق ام الولد لان عتقها مستحق بسبب غير الكفارة و الملك فيها غير كامل و لذا لايجوز بيعها و قال طاؤس و البتي يجزي عتقها و لايجزئ عتق مكاتب ادى من كتابته شيئا الخ. و قال في كفارة الايمان لاتجزئ في الكفارة ام ولد هذا ظاهر المذهب و به قال مالك و الاوزاعي و الشافعي و ابوعبيد و اصحاب الراي و عن احمد رواية اخرى انها تجزئ و يروى ذلك عن الحسن و طاؤس و النخعي و عثمان البتي و عن احمد في المكاتب ثلث روايات احداهن يجزئ مطلقا اختارها ابوبكر و هو مذهب ابي ثور و الثانية لايجوز مطلقا و هو قول مالك و الشافعي و ابي عبيد و الثالثة ان أدى من كتابته شيئا لم يجزه و الا اجزأه و بهذا قال الليث و الاوزاعي و اسحق و اصحاب الراي قال القاضي هو الصحيح و يجزئه المدبر و هو قول طاوس و الشافعي و ابي ثور و ابن المنذر و قال الاوزاعي و ابوعبيد و اصحاب الراي لايجزي لان بيعه عندهم

غير جائز و لنا انه عبد كامل المنفعة يجوز بيعه و لانعلم خلافا في اجزاء الخصي سواء كان مقطوعاً او مشلولاً او موجوءً لان ذلك نقص لا يضر بالعمل و لايوثر فيه بل ربما زادت بذلك قيمته و يجزئ ولدالزنا و هو قول اكثر اهل العلم و روى ذلك عن فضالة بن عبيد و ابي هريرة و به قال ابن المسيب و الحسن و طاوس و الشافعي و اسحق و ابوعبيد و ابن المنذر و روى عن عطاء و الشعبي و النخعي و الاوزاعي و حماد انه لايجزئ لان اباهريرة روى مرفوعاً ولد الزنا الثلاثة و لنا انه مملوك مسلم كامل العمل و الاحاديث الواردة في ذمه اختلف اهل العلم في تفسيرها قال الطحاوي ولد الزنا هو الملازم للزنا كما يقال ابن السبيل الملازم لها و ولد الليل الذي لايهاب السرقة الخ و قال الدردير في كفارة الايمان او عتق رقبة كالظهار لا جنين و عتق بعد وضعه مؤمنة و في الاعجمي تاويلان سليمة عن قطع اصبع و نحوه و عمى و جنون و بكم و مرض مشرف و قطع اذن و سمم و هرم و عرج شديدين الى آخر ما قال الخ اشارة الى التفصيل المذكور في الظهار و نصه هي اعتاق رقبة لا جنين لانه حين المعتق لم يكن رقبة و لو اعتق الجنين عن ظهاره عتق بعد وضعه لعتقه السابق و لايجزئ كفارة و لايجزئ منقطع خبره حين العتق و لو وقع و ظهرت سلامة حين العتق اجزأ بخلاف الجنين مؤمنة لان المقصود القربة بها و الكفر ينافيها و في اجزاء عتق الاعجمي و المراد به من يجبر على الاسلام من مجوسي كبير و كتابي صغير لايعقل دينه تاويلان الراجح في الكتابي الصغير الاجزاء و لم يرجحوا في المجوسي الكبير شيئا و اما المجوسي الصغير فيجزي اتفاقاً لانه مسلم حكماً. سليمة عن قطع اصبع واحد و لو بآفة و اولى يد او رجل او شللها و عن عمى و كذا غشاوة لايبصر معها الا بعسر لا خفيفة و عن بكم و هو عدم النطق كان معه صمم ام لا و عن جنون و ان قل بان ياتيه مرة في الشهر و مرض مشرف بان بلغ صاحبه النزع و الا اجزأ و قطع احدى اذنين و لو لم يستاصلها (قال الدسوقي قطع الاذنين مانع من الاجزاء سواء قطعهما من اصلهما او قطع اشرافهما اي اعلاهما و اما الاذن الواحد فالمضر قطعها من اصلها و اما قطع اعلاها فلايضر و المعتمد ان قطع الواحدة من اصلها لايضر الخ) و صمم و هو عدم السمع او ثقله فلايضر الخفيف و هرم و عرج شديدين و جذام و برص و ان قليلين و فلج اى يبس الشق و كذا يبس بعض الاعضاء كيد او رجل و لايجزي مكاتب و مدبر و نحوهما كام ولد و معتق لاجل لوجود شائبة العتق في الجميع و يجزئ اعور و مغصوب و ان لم يقدر على تخليصه من الغاصب و مرهون و جان ان خلصا بدفع الدين و ارش الجناية و يجزئ ناقص انملة و لو من ابهام و كره الخصي و ندب عتق من يصلي و يصوم اي يعقل ثواب فعلهما و عقاب تركهما و ان لم يبلغ سن من يومر بالصلوة الخ ملخصا و بزيادة من الدسوقي و في ايمان الدر المختار و كفارته تحرير رقبة كما مر في الظهار و نص ما في الظهار هي تحرير رقبة و لو صغيراً او كافراً او مباح الدم او مرهونا او مديونا او آبقا علمت حياته او مرتدة و في المرتد و حربي خلى سبيله خلاف او اصم ان صيح به سمع و الا لا او خصيا او مجبوباً او رتقاء او قرناء (لانهم و ان فات فيهم جنس المنفعة لكنها غير مقصودة اذ

المقصود في الرقيق الاستخدام ذكراً او انثى) او مقطوع الاذنين اذا كان السمع باقيا او ذاهب الحاجبين او مقطوع انف او شفتين ان قدر على الاكل و الا لا او اعور او اعمش او مقطوع احدى يديه و احدى رجليه من خلاف او مكاتبا لم يؤد شيئا و لايجزئ فائت جنس المنفعة كالاعمى و المجنون الذي لايعقل فمن يفيق يجوز في حال افاقته و مريض لايرجى برؤه و ساقط الاسنان و المقطوع يداه او ابهاماه او ثلث اصابع من كل يد او رجلاه او يد و رجل من جانب و معتوه و مغلوب و لا مدبر و ام ولد و مكاتب ادى بعض بدله الخ. ملخصا و بزيادة من ابن عابدين و بسطت في نقل عباراتهم في هذا البحث لانهم بعد اتفاقهم على ان السلامة من العيوب شرط لاجزاء العتق في الكفارة اوسعوا الاختلاف في انواع العيوب المانعة عن الاجزاء فاوردت كلام الفقهاء باسره مختصرا ليظهر مسلك كل واحد من الائمة الاربعة شكر الله مساعيهم و لما كانت الشافعية موافقة للحنابلة في اكثر هذه الفروع اكتفيت في بيان مسلكهم على كلام الموفق و الله الموفق لما يحب و يرضى الخامس عشر ان من لم يجد طعاما و لا كسوة و لا عتقا انتقل الى صيام ثلثة ايام للآية و هذا اجماع لا خلاف فيه حكى عليه الاجماع غير واحد من نقلة المذاهب. السادس عشر انهم اختلفوا في المراد لعدم الوجدان قال الخرقي يكفر بالصوم من لم يفضل عن قوته و قوت عياله يومه و ليلته مقدار ما يكفر به قال الموفق و هذا قول اسحاق و نحوه قال ابوعبيد و ابن المنذر و قال الشافعي من جاز له الاخذ من الزكوة لحاجته و فقره اجزأته الصيام لانه فقير و لان النخعي قال اذا كان مالكا لعشرين درهما فله الصيام و قال عطاء الخراساني لايصوم من ملك عشرين درهما و لمن يملك دونها الصيام و قال سعيد بن جبير اذا لم يملك الا ثلاثة دراهم كفر بها و قال الحسن درهمين الخ و في المنتقى روى ابن المواز عن مالك لايصوم الحانث حتى لايجد الا قوته و يكون في بلد لايعطف عليه و روي ابن المزين عن ابن القاسم ان كان له فضل عن قوت يومه اطعم الا ان يخاف الجوع و هو في بلد لايعطف عليه فيه و يعتبر في ذلك ان يجد ما يعتق فيه رقبة كاملة او يكسو الكسوة التي تجزئه او ما يجزئ من اطعامهم فان قصر ما عنده عن ذلك فليس بواجد و يجزئه الصيام الخ. و في الشامي عن البحر لو كان عنده واحد من الاصناف الثلاثة لايجوز له الصوم و ان كان محتاجاً اليه ففي الخانية لايجوز الصوم لمن يملك ما هو منصوص عليه في الكفارة او يملك بدله فوق الكفاف و الكفاف منزل يسكنه و ثوب يلبسه و يستر عورته و قوت يومه و لو له عبد يحتاجه للخدمة لايجوز له الصوم و لو له مال و عليه دين مثله فان قضى به دينه كفر بالصوم و ان صام قبل قضائه قيل يجوز و قيل لا الخ. و السابع عشر ما قال الخرقي من له و دار لا غني له عن سكناها او دابة يحتاج الى ركوبها او خادم يحتاج الى خدمته اجزاه الصيام في الكفارة قال الموفق و جملته ان الكفارة تجب فيما يفضل عن حاجته الاصلية و السكنى من الحوائج الاصلية و كذلك الدابة التي يحتاج الى ركوبها لكونه لايطيق المشي او لم يجر عادته به و كذلك الخادم الذي يحتاج الى خدمته لكونه ممن لايخدم نفسه لمرض او لم تجر عادته به و هذه الثلثة من الحوائج الاصلية

و الاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الآية و كلمة او للتخيير فكان

صاع من حنطة(١) او دقيق او سويق فان دعى عشرة مساكين فغداهم و عشاهم اجزأه، و كذالك

و بهذا قال الشافعي و قال ابوحنيفة و مالك من ملك رقبة تجزي في الكفارة لايجزئه الصيام و ان كان محتاجا اليها لخدمته الخ. و الثامن عشر ما قال الباجي ان الاعتبار في ذلك بحال التكفير دون حال اليمين و حال الحنث فان كان حين اليمين معسرا ثم ايسر قبل ان يشرع في التكفير لم يجزه الصيام فان تلبس بالصوم ثم ايسر اجزاه ان يتمادى على الصوم لانه قد تلبس بالصوم الخ. و كذا قال الدردير من انه اذا عجز وقت الاخراج عن الانواع الثلاثة بان لم يكن عنده ما يباع على المفلس لزمه صيام ثلثة ايام الخ. قال الموفق لو وجبت الكفارة على موسر فاعسر لم يجزئه الصيام و بهذا قال الشافعي و قال ابوثور و اصحاب الراي يجزئه الخ و في الدر المختار ان عجز عنها كلها وقت الاداء عندنا حتى لو وهب ماله و سلمه ثم صام ثم رجع بهبة اجزأه الصوم صام ثلثة ايام قال ابن عابدين قوله وقت الاداء اي لا وقت الحنث فلو حنث موسرا ثم اعسر جاز له الصوم و في عكسه لا و عند الشافعي على العكس الخ. و التاسع عشر ما تقدم عن الباجي من تلبس بالصوم ثم ايسر اجزأه ان يتمادى على الصوم و قال الموفق اذا شرع في الصوم ثم قدر على العتق او الاطعام او الكسوة لم يلزمه الرجوع اليها و روى ذلك عن الحسن و قتادة و به قال مالك و الشافعي و اسحق و ابوثور و ابن المنذر و روى عن النخعي و الحكم انه يلزمه الرجوع الى احدها و به قال الثوري و اصحاب الراي لانه قدر على المبدل قبل اتمام البدل فلزمه الرجوع كالمتيمم اذا قدر على الماء قبل اتمام الصلوة الخ. و في الدر المختار الشرط استمرار العجز الى الفراغ من الصوم فلو صام المعسر يومين ثم قبل فراغه و لو بساعة ايسر و لو بموت مورثه موسراً يستانف بالمال الخ. و العشرون اختلفوا في اشتراط التتابع في الصوم قال الموفق و ظاهر المذهب اشتراطه و كذلك قال ابراهيم النخعي و الثوري و اسحق و ابوعبيد و ابوثور و اصحاب الراي روى نحو ذلك عن علي و به قال عطاء و مجاهد و عكرمة و حكى عن احمد رواية اخرى انه يجوز تفريقها و به قال مالك و الشافعي في احد قوليه لان الامر بالصوم مطلق لايجوز تقييده الا بدليل و لنا ان في قراءة ابي و عبدالله بن مسعود فصيام ثلثة ايام متتابعات كذا ذكره الامام احمد في التفسير عن جماعة الخ. و في الهداية هي كالخبر المشهور قال ابن الهمام و الخبر المشهور يجوز تقييد النص القاطع به الخ. فهذه عشرون بحثا لابد من معرفتها لطالب الحديث و ههنا ابحاث اخر مفيدة طويناها للاختصار.

(١) من حنطة الخ و في فتح القدير ص٣٦٥ ج٤ و هي نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير ذكره الكرخي باسناده الى عمر رضي الله عنه قال صاع من تمر او شعير و نصفه من بر و باسناده الى علي رضي الله تعالى عنه قال كفارة اليمين نصف صاع من حنطة و بسنده الى الحسن رضي الله عنه قال يغديهم و يعشيهم و باسناده الى مجاهد رحمه الله تعالى قال كل كفارة في القرآن نصف صاع من بر لكل مسكين الخ و في عمدة القاري اوائل كتاب الكفارات ص٢١٦ ج٢٣ و اختلفوا في مقدار الاطعام فقالت طائفة يجزيه لكل انسان مد من طعام بمد الشارع روى ذالك عن ابن عباس و ابن عمر و زيد بن ثابت و ابي هريرة رضي الله تعالى عنهم و هو قول =>

الواجب احد الاشياء الثلاثة. قال فان لم يقدر على احد الاشياء الثلاثة صام ثلاثة ايام متتابعات. و قال الشافعي رحمه الله تعالى يخير لاطلاق النص. و لنا قراءة ابن مسعود رضي الله تعالى عنه فصيام ثلاثة ايام متتابعات - و هي كالخبر المشهور، ثم المذكور في الكتاب في بيان ادنى الكسوة مروي عن محمد

ان اطعم خبزاً ليس معه ادام، و ان غداهم و عشاهم و فيهم صبي فطيم او فوق ذلك شيئا لم يجزئه و عليه اطعام مسكين واحد، كذا ذكر الحاكم وغيره (و الاصل فيه) اي في وجوب الكفارة (قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين(١) الآية) اي اقرأ الآية، او الآية بتمامها فعلى الاول النصب على المفعول به، و على الثاني الرفع على الابتداء بحذف الخبر (و كلمة او للتخيير فكان الواجب) في التكفير (أحد الاشياء الثلاثة)(٢) لان هذا مقتضى التخيير (قال) اي القدوري (فان لم يقدر على احد هذه الاشياء الثلاثة) لان المعسر لايقدر على شيء من ذلك (صام ثلاثة ايام متتابعات) فان صامها متفرقة لم يجزئه (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يخير) يعني ان شاء فرق، و ان شاء تابع (لاطلاق النص) اي القرآن، و به قال مالك(٣) و احمد في واية. و ظاهر مذهب احمد كقولنا، و هو قول الشافعي رحمهم الله تعالى فان قيل الشافعي رحمه الله تعالى يحمل المطلق على المقيد في حادثة او حادثتين فكيف لم يحمل فيها مع ورود القراءتين مطلقاً و مقيداً. قلنا انه يقول تعارض هنا اصلان تعارضا احدهما مقيد بالتفرق، و هو صوم المتعة في الحج و الثاني مقيد بالتتابع، و هو صوم كفارة الظهار و القتل، فلا يمكن الحاقه باحدهما اذ الحاقه باحدهما يوجب ترك العمل بالنص الآخر (و لنا قراءة ابن مسعود رضي الله تعالى عنهما فصيام ثلاثة ايام متتابعات(٤) و هي) اي قراءة ابن مسعود هنا (كالخبر المشهور) قال الاترازي و قراءته كانت مشهورة الى زمن ابي حنيفة و يجوز الزيادة على النص بالمشهور، و قال تاج

==> عطاء و القاسم و سالم و الفقهاء السبعة و به قال مالك و الاوزاعي و الشافعي و احمد و اسحاق رحمهم الله تعالى و قال طائفة يطعم لكل مسكين نصف صاع من حنطة و ان اعطى تمرا او شعيرا فصاعا صاعا روى هذا عن عمر بن الخطاب و علي و زيد بن ثابت في رواية رضي الله تعالى عنهم و هو قول النخعي و الشعبي و الثوري و ابي حنيفة و سائر الكوفيين رحمهم الله تعالى انتهى و قد روى عبدالرزاق في مصنفه باب اطعام عشرة مساكين ص٥٠٧ ج٨ و مابعده اثر عمر بن الخطاب و اثر علي رضي الله تعالى عنهما الذين يدلان على نصف صاع من قمح في كفارة اليمين. (١) مساكين - الآية - المائدة - ٨٩. (٢) الثلاثة من الاعتاق و الكسوة و الاطعام فتح. (٣) مالك و في الفتح و هو قول مالك و في قول آخر شرط التتابع كقولنا و هو ظاهر مذهب احمد. (٤) متتابعات راجع لهذا المبحث اعلاء السنن باب اشتراط التتابع الخ فانه اطال و اجاد و افاد.

و عن ابي يوسف و ابي حنيفة رحمهما الله تعالى ان ادناه ما يستر عامة بدنه حتى لايجوز

الشريعة لانها نقلت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم و قد اشتهرت في السلف حتى ثعلم في المكاتب و الزيادة بالخبر المشهور صحيحة. و قال الكاكي كالخبر المشهور، لانه يقرأ سماعاً من رسول الله صلى الله عليه وسلم و لم يثبت قرآنيته لعدم التواتر، فصار كالرواية المشهورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فصح التقييد بها، و عندنا لايحمل(١) المطلق على المقيد كما في صدقة الفطر لامكان العمل بهما، و هاهنا غير ممكن، لانهما في حكم واحد في حادثة واحدة، و هو الصوم، لانه لايقبل وصفين متضادين في وجوده. فاذا ثبت تقييده بالتتابع بتلك القراءة لم يبق مطلقاً ضرورة، بخلاف صدقة الفطر، فانهما وردا في السبب و لا منافاة بين السببين. و اما صوم المتعة لم يجز قبل ايام النحر، لانه لم يشرع قبلها لا لان التفريق واجب (ثم المذكور في الكتاب) قال الكاكي(٢) اي في المبسوط، و قال الاترازي اي في مختصر القدوري، و اراد بالمذكور قوله في اول الفصل، و ادناه ما يجوز فيه الصلاة (في بيان ادنى(٣) الكسوة مروي عن محمد رحمه الله) مروي خبرالمبتدأ، اعني قوله المذكور و المذكور هو ادنى ما يجوز فيه الصلاة و هو السراويل، و به قال احمد و في السراويل اختلاف الرواية. و قال في نوادر هشام لايجوز و في نوادر ابن سماعة يجوز، كذا في الاجناس. و قال الكرخي في مختصره لايجزئ في ذلك العمامة و لا القلنسوة و لا السراويل، روى ذلك ابن سماعة و بشر و علي بن الجعد عن ابي يوسف رحمه الله تعالى و رواه ابوعمر و محمد الكتابي في املاء محمد عنه كذلك. لان لابسه يسمى عرياناً فلايتناوله اسم الكسوة و في الخلاصة عن محمد رحمه الله تعالى ان اعطى المراة لايجوز، و ان اعطى الرجل يجوز لجواز صلاته فيه كالقميص. و ذكر ابن شجاع في كتاب الكفارات من تصنيفه قال ابوحنيفة رحمه الله تعالى ان كانت العمامة قدرها قدر الازار السابغ او ما يقطع قميصاً يجزئ و الا لم يجزئه، و هذا كله اذا كسى رجلاً فاما اذا كسى امرأة قال الطحاوي يزيد فيه الخمار، لان رأسها عورة لايجوز الصلاة اذا كانت مكشوفة. و قال الحاكم الشهيد في الكافي فان اعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزئه من الكسوة، و لكنه يجزئ من الطعام اذا كان نصف ثوب يساوي نصف صاع من حنطة. و لو اعطى عشرة مساكين ثوباً بينهم و هو ثوب كثير القيمة يصيب كل انسان منه أكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة و اجزأه من الطعام و قال مالك و

---

(١) لايحمل المطلق الخ كذا في الكفاية و الفتح. (٢) قال الكاكي الخ و في الفتح في الكتاب اي المبسوط او مختصر القدوري. (٣) ادنى الكسوة الخ راجع المبسوط للسرخسي باب الكسوة ص١٥٣ ج٨ و الفتاوى الهندية ص٦٢ ج٢ و الاوجز ص١٥٣ ج٤ و فتح القدير ص٣٦٦ ج٤.

السراويل و هو الصحيح، لان لابسه يسمى عرياناً في العرف لكن ما لايجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة، و ان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه. و قال الشافعي رحمه الله تعالى يجزيه بالمال لانه اداها بعد السبب و هو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح. و لنا ان الكفارة لستر الجناية. و لا جناية هاهنا، و اليمين ليست بسبب لانه مانع غير

الليث للرجل ثوب و للمرأة ثوبان و قال الشافعي يعتبر ما يطلق عليه اسم الكسوة حتى يجوز قميص او سراويل او عمامة او جبة او ملحفة او مقنعة او ازار او رداء او طيلسان لان الاسم يقع على جميع ذلك، و له في القلنسوة و الخف وجهان، و عندنا و مالك و احمد لايجوز القلنسوة و الخف، و عن ابن عمر رضي الله عنهما لايجوز اقل من ثلاثة اثواب قميص و مئزر و رداء و عن ابي موسى الاشعري رضي الله تعالى عنه انه يجزئ ثوبان، ثم اعتبار الفقر و الغني عند ارادة التكفير عندنا: و عند الشافعي رحمه الله تعالى عند الحنث حتى لو كان موسراً عند الحنث ثم اعسر جاز الصوم عندنا و بعكسه لا، و عنده على القلب (و عن ابي يوسف و ابي حنيفة رحمهما الله تعالى ان ادناه) اي ادنى ما يجزئ ان يكفر به (ما يستر عامة بدنه حتى لايجوز السراويل) لانه لاتستر عامة البدن و هو الصحيح، اي هذا المروي عن ابي حنيفة (و هو الصحيح لان لابسه) اي لابس السراويل (يسمى عرياناً في العرف، لكن ما لايجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة) يعني لو اعطاه ثوباً لايجزيه عن الكسوة، مثل سراويل او خف او نصف ثوب يجزيه عن الاطعام اذا بلغت فيه نصف صاع من بر، و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى ثم في ظاهر الرواية يجزئه عن الطعام بغير نية، و عن ابي يوسف اذا نوى يكون بدلا عن الطعام، و يجزئه عنه و الا لا. و قال زفر لايجزئه عن الطعام نوى او لم ينو. و عند الشافعي لايجوز اعتبار القيمة في الكفارة كما في الزكاة (و ان قدم الكفارة(١) على الحنث لم يجزئه، و قال الشافعي يجزئه بالمال) اي يجزئ التكفير بالمال قبل الحنث، و به قال مالك و احمد رحمهم الله تعالى و قيد بالمال لان ظاهر مذهبه ان الصوم لايجوز، لان العبادات البدنية لاتقدم على وقت الاداء و في وجه يجوز، و هو قوله القديم و به قال مالك و احمد (لانه اداها بعد السبب و هو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح) قبل الموت و كذا كفارة الظهار، فانها تجوز بعد الظهار و قبل

---

(١) و ان قدم الكفارة الخ راجع لتحقيق هذه المسالة فتح القدير ص٣٦٨ ج٤ و الكفاية و اعلاء السنن باب ان كفارة اليمين انما هي بعد الحنث ص٣٩١ الى ص٤٠٤ ج١١ و صاحب الاعلاء اطال و اجاد و افاد و عمدة القاري باب الكفارة قبل الحنث و بعده ص٢٢٥ ج٢٣ و فتح الباري ص٧٤٥ ج١١ و الاوجز ما يجب فيه الكفارة من الايمان ص١٤٥ ج٤

مفض، بخلاف الجرح، لانه مفض

العود و كالزكاة فانها تجوز قبل الحول (و لنا ان الكفارة لستر الجناية) لانها تكفر الخطيئة، اي تسترها و لايتصور سترها قبل وجودها، و هو معنى قوله (و لا جناية هاهنا) فلايصح التكفير قبل الحنث، لانه يلزم تقديم المسبب على السبب فهو فاسد كما لو كفر قبل الافطار (و اليمين ليست بسبب) هذا جواب عن قوله لانه اداها بعد السبب، تقديره لانسلم ان اليمين سبب لوجوب الكفارة، لان ادنى درجات السبب ان يكون مفضياً الى الحكم و طريقاً له، و اليمين مانعة الحنث، و هو معنى قوله (لانه مانع غير مفض) و تذكير الضمير باعتبار المذكور او باعتبار ظاهر اللفظ مفض الى الحكم، و السبب ما يكون مفضياً كما ذكرنا (بخلاف الجرح) جواب عن قياس المتنازع فيه على الجرح قبل الموت (لانه) اي لان الجرح (مفض) الى زهوق الروح و بخلاف الظهار، لان نفس الظهار جناية، و يجوز الزكاة قبل الحول، لانها شكر لنعمة المال، و هو موجود و مضي الحول تاجيل فيه و اضافة الكفارة الى اليمين مجاز لانها على عرض ان يصير سببا على تقدير الحنث.
فان قلت احتج الشافعي رحمه الله تعالى بظاهر قوله عليه الصلوة و السلام لعبد الرحمن بن سمرة رضي الله تعالى عنه اذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها، فكفر عن يمينك وأت الذي هو خير متفق عليه(١) و في لفظ ابي داود، ثم ائت الذي هو خير. قلت اصحابنا احتجوا

(١) متفق عليه - البخاري كتاب الايمان و النذور في اوائله ص٩٨٠ ج٢ و مسلم باب ندب من حلف يمينا فراي غيرها خيرا الخ ص٤٨ ج٢ و راجع للبحث الحديثى فتح القدير ص٣٦٨ ج٤ و نصب الراية ص٢٩٧ ج٣ قال ابن الهمام رحمه الله تعالى في فتح القدير ص٣٦٨ ج٤ (في البحث عن جواز تقديم الكفارة على الحنث و عدم جوازه) فان قيل قد ورد السمع به في قوله صلى الله عليه وسلم فليكفر عن يمينه ثم ليأت الذي هو خير قلنا المعروف في الصحيحين من حديث عبدالرحمن بن سمرة رضي الله تعالى عنه قال قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فكفر عن يمينك و ائت الذي هو خير و في مسلم من حديث ابي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فرأي غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه و ليفعل الذي هو خير و حديث البخاري و ليس في شيء من الروايات المعتبرة لفظ ثم الا و هو مقابل بروايات كثيرة بالواو فمن ذلك حديث عبدالرحمن بن سمرة في ابي داود قال فيه فكفر عن يمينك ثم ائت الذي هو خير و هذه الروايات مقابلة بروايات عديدة كحديث عبدالرحمن هذا في البخاري وغيره بالواو فينزل منزلة الشاذ منها فيجب حملها على معنى الواو حملا للقليل الاقرب الى الغلط على الكثير و من ذلك حديث عائشة في المستدرك كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا حلف لايحنث حتى انزل الله كفارة اليمين فقال لا احلف على يمين الى ان قال الا كفرت =>

ثم لايسترد من المسكين لوقوعه صدقة. قال و من حلف على معصية مثل ان لايصلي او

بحديث عبدالرحمن بن سمرة فانه عليه الصلوة و السلام قال له لاتسأل الامارة... الحديث، و في آخره و اذا حلفت على يمين و رأيت غيرها خيراً منها فائت الذي هو خير و كفر عن يمينك... الحديث في الصحيح، و لايقال الواو للجمع و ثم للترتيب، فيدل على الجمع لا على التاخير و التقديم، بخلاف ثم لانه للترتيب لانه جاء في رواية أخرى(١) ثم ليكفر فيحمل ما رواه الشافعي

=> عن يميني ثم أتيت الذي هو خير و هذا في البخاري عن عائشة ان ابابكر كان الى آخر ما في المستدرك و فيه العطف بالواو و هو اولى بالاعتبار و قد شذت رواية ثم لمخالفتها روايات الصحيحين و السنن و المسانيد فصدق عليها تعريف المنكر في علم الحديث و هو ما خالف الحافظ فيها الاكثر يعني من سواه ممن هو اولى منه بالحفظ و الاتقان فلايعمل بهذه الرواية و يكون التعقيب المفاد بالفاء لجملة المذكور كما في ادخل السوق فاشتر لحما و فاكهة فان المقصود تعقيب دخول السوق بشراء كل من الامرين و هكذا قلنا في قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم و أيديكم الى المرافق الآية و هذا لان الواو لما لم تقتض التعقيب كان قوله فليكفر لايلزم تقديمه على الحنث بل جاز كونه قبله كما بعده فلزم من هذا كون الحاصل فليفعل الامرين فيكون المعقب الامرين ثم وردت روايات بعكسه منها ما في صحيح مسلم من حديث عدى بن حاتم عنه صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير و ليكفر عن يمينه و منها حديث رواه الامام احمد عن عبدالله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فرأي غيرها خيرا منها فليات الذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه و منها ما اخرج النسائي اخبرنا احمد بن منصور عن سفيان حدثنا ابوالزعراء عن عمه ابي الاحوص عن ابيه قال قلت يارسول الله رأيت ابن عم لي آتيه أساله فلايعطيني و لايصلني ثم يحتاج الى فياتيني و يسالني و قد حلفت ان لا اعطيه و لا اصله فامرني ان آتي الذي هو خير و اكفر عن يميني و رواه ابن ماجة بنحوه ثم لو فرض صحة رواية ثم كان من تغيير الرواية اذ قد ثبتت الروايات في الصحيحين و غيرهما من كتب الحديث بالواو و لو سلم فالواجب كما قدمنا حمل القليل على الكثير الشهير لا عكسه فتحمل ثم على الواو التي امتلأت كتب الحديث منها دون ثم و أما لفظ الحديث على ما ذكره المصنف فلم يعرف اصلا اعني قوله من حلف على يمين فرأي غيرها خيرا منها فليات الذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه الا ان المطلوب لم يتوقف عليه كذالك هذا و لفظ اليمين في قوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين مجاز من اطلاق اسم الكل على الجزء و هو المقسم عليه لان اليمين اسم لمجموع القسم و المقسم عليه و هو المراد انتهى. (١) رواية اخرى ثم ليكفر رواه ابوداود ص١٠٩ ج٢ و النسائي و قال الزيلعي رحمه الله تعالى في نصب الراية ص٢٩٧ ج٣ فائدة المقصود الاعظم من هذا الحديث (حديث عبدالرحمن بن سمرة) الدليل على جواز تقديم الكفارة على الحنث و عدم الجواز و الاول مذهب الشافعي و الثاني مذهبنا و استنباط ذالك من تتبع الفاظه و اختلاف رواياته فنقول اعلم ان هذا الحديث روى من حديث ابي هريرة و عبدالرحمن بن سمرة و ابي موسى الاشعري و عدي بن حاتم روي عن كل منهم في لفظ الحنث قبل =>

لايكلم اباه او ليقتلن فلاناً ينبغي ان يحنث نفسه و يكفر عن يمينه لقوله عليه الصلوة و السلام من حلف على يمين و رأى غيرها خيراً منها فليأت بالذي هو خير، ثم ليكفر عن يمينه، و لان فيما قلناه تقويت البر الى جابر، و هو الكفارة و لا جابر للمعصية في ضده و اذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره او بعد اسلامه فلا حنث عليه، لانه ليس باهل

على انه بمعنى الواو، لان ثم يجيء بمعنى الواو، قال الله تعالى ثم كان من الذين آمنوا(١) ثم الله شهيد فيكون ما روينا محكماً في التاخير، و ما رواه محتمل فحمل على ما ذكرنا اعمالا للنصين و لانه امر بالتكفير مطلقاً و مطلق التكفير لايجوز قبل الحنث، لانه لايجوز بالصوم اجماعاً (ثم لايسترد من المسكين) عطف عن قولهم لم يجزئه يعني لايسترد المال عن المسكين، و ان كان لايقع عن الكفارة (لوقوعه صدقة) لانه قصد شيئين حصول الصواب و رفع الذنب و لم يرفع الذنب لعدمه، فيحصل الصواب لامكانه فيكون صدقة و لا رجوع فيها (قال) اي القدوري (و من حلف على معصية مثل ان لايصلي او لايكلم اباه او ليقتلن فلاناً ينبغي ان يحنث نفسه و يكفر عن يمينه لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلى االله عليه وسلم (من حلف على يمين و رأى غيرها خيراً منها فليأت بالذي هو خير، ثم ليكفر عن يمينه) هذا الحديث مضى الآن و مضي الكلام فيه، و معنى قوله على يمين، اي على مقسم عليه من فعل او ترك، لان اليمين مركبة من مقسم به، و هو بالله و مقسم عليه، و هو قوله لافعلن او لا افعل فكان من باب ذكر الكل و ارادة البعض. و قال الاكمل(٢) في وجه الاستدلال به نظر، لانه قال و رأى غيرها خيراً منها فالمدعي مطلق و الدليل مشروط برؤية غيره خيراً. و الجواب ان حال المسلم يقتضي ان يرى ترك المعصية خيراً منها فيجعل الشرط موجوداً نظراً الى حاله (و لان فيما قلناه) يعني اداء الكفارة بعد الحنث (تقويت البر الى جابر، و هو الكفارة) لما ان الجابر يقتضي سبق خلل المجبور و هو خلل اليمين بالحنث فيما قلنا، فتصلح الكفارة جابرة (و لا جابر للمعصية في ضده) اي في ضد ما قلناه و اراد بالضد البر في اليمين، اي لا جابر لمعصية الحنث فيما قال الشافعي رحمه الله تعالى لان الحنث لما يتأخر عن الكفارة لم تصلح الكفارة السابقة جابرة لذلك الحنث، لان الجابر لايتقدم كذا في النهاية قال الاكمل(٣) و قال في بعض الشروح و لان فيما قلنا اي في تحنيث النفس و التكفير بعد ذلك تفويت البر الى جابر، و الجابر هو الكفارة و الفوات الى جابر كلا

=> الكفارة و في لفظ الكفارة قبل الحنث قاله ابوداود في سننه ثم سرد الزيلعي تلك الاحاديث بالتفصيل. (١) آمنوا - البلد ١٧. ثم الله شهيد - يونس - ٤٦. (٢) الاكمل في العناية ص٣٧٠ ج٤. (٣) الاكمل في العناية ص٣٧٠ ج٤.

لليمين، لانها تعقد

لتعظيم الله تعالى، و مع الكفر لايكون معظماً و لاهو اهل للكفارة لانها عبادة. و من حرم

فوات، فتكون المعصية الحاصلة بتقويت البر كلا معصية لوجود الجابر و اما اذا أتى بالبر و هو ترك الصلاة و قطع الكلام عن الاب، و قتل فلان بغير حق تحصل المعصية بلا جابر لها فتكون المعصية قائمة لا محالة، فلهذا قلنا يحنث نفسه و يكفر يمينه، و كلا الوجهين صحيح، و الثاني انسب انتهى. قلت اراد بالقائل بقوله و قال في بعض الشروح الاترازي، لانه قال في شرحه هكذا و سرده الاكمل برمته و حسنه (و اذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره او بعد الاسلام، فلا حنث عليه) اي فلا كفارة عليه، و به قال مالك رحمه الله تعالى و قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى(١) تلزم الكفارة بالمال دون الصوم (لانه) اي لان الكافر (ليس باهل لليمين، لانها تعقد

(١) و قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى تلزم الكفارة بالمال دون الصوم لانه اهل لايجابه دون الصوم لانه عبادة و ليس اهلا لها و ايضا هو اهل للبر فانه يعتقد حرمة اسم الله عزوجل و يمتنع عن اخلاف ما عقده عليه و لهذا يستحلف في الدعاوى و يدخل في المال و العتق فانه يقبل الفصل عن العبادة كالعتق للشيطان و نحوه فيكون في حقه مجرد اسقاط المالية ثم ثبت في سمع و هو ما في الصحيحين ان عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه قال يارسول الله اني نذرت في الجاهلية ان اعتكف ليلة في المسجد الحرام و في رواية يوما فقال اوف بنذرك و في حديث القسامة من الصحيحين قوله صلى الله عليه وسلم تبرئكم يهود بخمسين يمينا و لنا قوله تعالى انهم لا ايمان لهم (التوبة) و اما قوله بعده نكثوا ايمانهم فيعنى صور الايمان التي اظهروها و الحاصل لزوم تاويل اما في لا ايمان لهم كما قال الشافعي رحمه الله تعالى ان المراد لا ايفاء لهم بها او في نكثوا ايمانهم على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان المراد ما هو صورة الايمان دون حقيقتها الشرعية و ترجح الثاني بالفقه و هو انا نعلم ان من كان اهلاً لليمين يكون اهلا للكفارة و ليس الكافر اهلا لها لانها انما شرعت عبادة يجبر بها ما ثبت من اثم الاثم ان كان او ما وقع من اخلاف ما عقد عليه اسم الله تعالى اقامة لواجبه و ليس الكافر اهلا لفعل عبادة و قولهم ايجاب المال و العتق يمكن تجريده عن معنى العبادة ليس بشيء لان ذلك في ايجاب المال و العتق من حيث هو ايجابهما و الكلام في ايجابهما كفارة و ايجابهما كفارة لايقبل الفصل اذ لو فصل لم يكن كفارة لان ما شرع بصفة لايثبت شرعا الا بتلك الصفة و الا فهو شيء آخر و اما تحليف القاضي و قوله صلى الله عليه وسلم تبرئكم يهود بخمسين يمينا فالمراد كما قلنا صور الايمان فان المقصود منها رجاء النكول و الكافر و ان لم يثبت في حقه شرعا اليمين الشرعي المستعقب لحكمه فهو يعتقد في نفسه تعظيم اسم الله تعالى و حرمة اليمين به كاذبا فيمتنع عنه فيحصل المقصود من ظهور الحق فشرع التزامه بصورتها لهذه الفائدة و ما في الهداية من انه مع الكفر لايكون معظما ليس بصحيح الا ان يريد تعظيما يقبل منه و يجازي عليه و اما قوله صلى الله عليه وسلم اوف بنذرك فالمشهور من مذهب الشافعي رحمه الله تعالى ان نذر الكافر لايصح فالاستدلال به كاللجاج و هم =>

على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرماً، و عليه ان استباحه كفارة يمين و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلاينعقد به تصرف مشروع و هو اليمين. و لنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة و قد امكن اعماله بثبوت الحرمة لغيره باثبات موجب اليمين. فيصار اليه، ثم اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيراً حنث و وجبت الكفارة، و هو المعني

من الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه، و لو قال كل حل علي حرام

لتعظيم الله تعالى و مع الكفر لايكون معظماً) لانه هاتك حرمة الله تعالى باصراره على الكفر و التعظيم مع الهتك لايجتمعان، و البر لايتحقق الا من معظم، و لايلزم استحلافه في المظالم و الخصومات اذ هو مشروع في حقه، لانه من اهل مقصود الاستحلاف و هو النكول او الاقرار، و كذا هو من اهل اليمين بالطلاق و العتاق، لانه من اهل حكمهما (و لا هو اهل للكفارة) اي و لا الكافر اهل للكفارة (لانها عبادة) لكونها ساترة للذنب (و من حرم على نفسه شيئا مما يملكه) سواء كان ثوبا او طعاماً او امة او غيرها، بان قال حرام علي ثوبي هذا او طعامي هذا او امتي هذه و نحو ذلك (لم يصر محرماً) اي لعينه، بل صار محرماً بالنص. فلهذا قال عقيبه (و عليه ان استباحه) اي يعامل به معاملة المباح، فان اكل الطعام او لبس الثوب او وطئ الامة فعليه (كفارة يمين. و قال الشافعي رحمه الله تعالي لا كفارة عليه) لانه ليس يمين الا في النساء و الجواري، و به قال احمد رحمه الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى من حرم على نفسه شيئا غير امرأته لايلزمه شيء و ليس بيمين (لان تحريم الحلال قلب المشروع فلاينعقد به تصرف مشروع و هو اليمين) كعكسه، و هو تحليل الحرام. (و لنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة، و قد امكن اعماله) اي اعمال اللفظ (بثبوت الحرمة لغيره) اي بغير اللفظ (باثبات موجب اليمين) و هو الكفارة و حاصله ليس في وسعه اثبات الحرمة لذاته ان يمينه قلبت الحرمة لغيره، و هو صيانة حرمة اليمين، و هو الكفارة على تقديم الحنث (فيصار اليه) اي الى ثبوت الحرمة لغيره (ثم اذا فعل مما حرمه قليلاً كان او كثيراً) انتصاب قليلا على انه مفعول لقوله فعل (حنث، و وجبت الكفارة) لان التحريم يثبت بتناول كل جزء (و هو المعنى) بكسر النون و تشديد الياء، اي

=> يؤولونه انه امره ان يفعل قربة مستأنفة في حال الاسلام لا على انه الواجب بالنذر دعا الى هذا العلم من الشرع ان الكافر ليس اهلا لقربة من القرب فليس اهلا لالتزامها الا ترى انه لو فعلها لم تصح منه و تصحيح الالتزام ابتداء يراد لفعل نفس الملتزم لا لاضعاف العذاب و قول الطحاوي انه ليس متقربا الى الله تعالى بل =>

فهو على الطعام و الشراب الا ان ينوي غير ذلك و القياس ان يحنث كما فرغ، لانه باشر فعلا مباحاً و هو التنفس و نحوه، و هذا قول زفر رحمه الله تعالى وجه الاستحسان ان المقصود و هو البر لايتحصل مع اعتبار العموم، و اذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام و الشراب للعرف، فانه

يستعمل فيما يتناول عادة و لايتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم، و اذا نواها

المقصود (من الاستباحة المذكورة) اي فعل ما حرمه هو المراد من الاستباحة التي ذكرها (لان التحريم اذا ثبت) يعني تحريم العين، و هو دليل قوله اذا فعل مما حرمه قليلاً او كثيراً حنث، و ذلك لان تحريم العين اذا ثبت (تناول كل جزء منه) اي مما حرمه، فيحنث بالقليل و الكثير، و قال الاكمل(١) و عورض بان اليمين اما ان يذكر مقسم به، و هوعند ذكر اسم من اسمائه او صفة من صفاته كما تقدم، او بان يذكر شرطا و جزاء و ليس شيء منهما بموجود فكيف صار يميناً و اجيب بسقوطهما بقوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم(٢) بعد قوله لم تحرم ما احل الله لك في تحريم العسل او تحريم مارية اطلق الأيمان على تحريم الحلال و فرض تحلة الأيمان، و الرأي لايعارض النصوص السمعية (ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام و الشراب الا ان ينوي غير ذلك) هذا ظاهر الرواية قال(٣) الحاكم الشهيد في الكافي، و اذا قال الرجل كل حل علي حرام سئل عن نيته فان نوى يميناً فهو يمين و يكفرها، و لاتدخل امرأته في ذلك الا ان ينويها، فان نواها دخلت فيه، فاذا إكل او شرب او قرب امرأته حنث و سقط عنه الايلاء و ان لم يكن له نية فهو يمين يكفرها لاتدخل امرأته فيها فان نوى فيه الطلاق، فالقول فيه كالقول في الحرام، اي يصح ما نوى، و ان نوى الكذب فهو كذب (و القياس أنه يحنث كما فرغ) من اليمين (لانه باشر فعلا مباحاً و هو التنفس و نحوه) بفتح العينين و فتح الشفتين او ضمها (و هذا قول زفر رحمه الله تعالى) فان عنده كما يفرغ من اليمين يحنث (و جه الاستحسان ان المقصود و هو البر لايتحصل مع اعتبار العموم) لان صيغة العموم اذا لم يمكن اجراءها على عمومها يراد بها اخص الخصوص للتيقن و هنا لايمكن ذلك، لان الانسان لايمكنه منع نفسه عن التنفس و فتح العين و ذلك له حلال، فحمل على الحلال الاعم و هو ما يعيش به من المطعوم و المشروب، و هو معنى قوله (و اذا سقط اعتباره) اي اعتبار العموم (ينصرف يمينه الى الطعام و الشراب للعرف) بين الناس (فانه

=> الى ربه الذي يعبده من دون الله انما يستقيم في بعض الكفار و هم المشركون على تقدير قصده بنذره الذي اشرك به ففيه قصور عن محل النزاع انتهى ما في فتح القدير ص٣٧١ ج٤. (١) الاكمل في العناية ص٣٧٢ ج٤. (٢) ايمانكم - التحريم - ٢. (٣) قال الحاكم الخ كذا في البحر ص٣١٨ ج٤.

كان ايلاء و لاتصرف اليمين عن الماكول و المشروب و هذا كله جواب ظاهر الرواية. و مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا يقع به الطلاق عن غير نية لغلبة الاستعمال و عليه الفتوى. و كذا ينبغي في قوله حلال بروي حرام للعرف، و اختلفوا في قوله - هرجه بر دست راست كيرم بروى حرام - انه هل تشترط النية و الاظهر انه يجعل طلاقاً من غير نية للعرف

و من نذر نذراً مطلقاً فعليه الوفاء لقوله عليه الصلوة والسلام من نذر و سمى فعليه الوفاء

يستعمل فيما يتناول عادة) هذا التعليل لقوله للعرف يعني، انما انصرف قوله كل حل علي حرام الى الطعام و الشراب، لانه في عرف الناس يستعمل في ذلك (و لا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم) لانه لايمكن اجراء اللفظ على العموم لما قلنا (و اذا نواها) اي اذا نوى المرأة (كان ايلاء) لان اليمين في الزوجات ايلاء، و ان جامعها في المدة كفر عن يمينه، و ان لم يقربها حتى مضت مدة الايلاء بانت بالايلاء (و لا تصرف اليمين عن الماكول و المشروب) حتى اذا اكل او شرب حنث (و هذا كله) اي هذا المذكور كله (جواب ظاهر الرواية) و هو رواية المبسوط (و مشايخنا) قالوا اراد بهم مشايخ بلخ كابي بكر الاسكاف و ابي بكر بن ابي سعيد والفقيه ابي جعفر(١) حيث (قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال) فيما بين الناس في هذا الزمان انهم يرون بهذا اللفظ الطلاق (و عليه الفتوى) قال ابو الليث، و به ناخذ، و في فتاوى النسفي حلال المسلمين علي حرام ينصرف الى الطلاق بلا نية للعرف، و ان لم يكن له امرأة يجب عليه كفارة، و ان كانت له امرأتان يقع الطلاق على واحدة و اليه البيان في الاظهر كقوله امرأتي طالق، و له امرأتان او اكثر و في التتمة(٢) و كذا لو قال حلال الله علي حرام، او حلال خداى بروى حرام و له امرأة تنصرف اليها من غير نية للعرف، فان مراد العامة من هذا اللفظ الطلاق (و كذا ينبغي في قوله - حلال بروى حرام -) اي و كذا ينبغي ان يقع الطلاق بلا نية في قوله - حلال بروى - يعني حلال علي حرام (للعرف) اي لاجل عرف الناس بذلك في الطلاق (و اختلفوا في قوله) اي اختلف المشايخ في قول الرجل (هرجه بر دست راست كيرم بروى حرام - أنه هل تشترط النية) ام لا تشترط (و الاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف) قوله - هرجه - بفتح الهاء و سكون الراء و كسر الجيم الفارسية و سكون الهاء، و معناه كل شيء. قوله - بدست - بفتح الباء الموحدة و الدال المهملة و سكون السين المهملة و بالتاء المثناة من فوق و معناه بيدي.

---

(١) ابي جعفر كذا في العناية و الفتح و زاد في العناية و بعض مشائخ سمرقند. (٢) و في التتمة الخ كذا =>

بما سمى وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث و لان المعلق بشرط كالمنجز عنده. و عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه رجع عنه. و قال اذا قال

قوله - راست - بفتح الراء و سكون السين المهملة بعد الالف و بالتاء المثناة من فوق، و معناه اليمين يعني بيدي اليمين. قوله - كيرم - بكسر الكاف و سكون الياء آخر الحروف، معناه علي، و في خلاصة الفتاوى(١) لايصدق انه لم ينو. و لو قال - هرجه بدست راست كرفته ام - فهو بمنزلة قوله - كيرم - و لو قال - هرجه بدست جب كيرم - في مجموع النوازل لايكون طلاقاً، و ان نوى. و لو قال - هرجه بدست راست كرفتم - لايكون طلاقا لان العرف في قوله - كيرم - و لا عرف في قوله - كرفتم -. و لو قال - هرجه بدست كيرم - و لم يقل - راست او جب - فهو بمنزلة قوله - هرجه بدست راست كيرم - (و من نذر نذراً مطلقا) اي مطلقا عن ذكر الشرط بان قال لله علي صوم سنة بدون التعليق بشيء (فعليه الوفاء) بما سمى (لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (من نذر و سمى فعليه الوفاء بما سمى) هذا الحديث غريب. و في وجوب الوفاء بالنذر احاديث صحاح(٢) منها ما اخرجه البخاري(٣) عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضي الله عنهما ان رجلا قال يا رسول الله ان اختي نذرت ان تحج و انها ماتت قبل ان تحج، فقال عليه الصلوة و السلام لو كان عليها دين أكنت قاضيه، قال نعم، قال فاقض دين الله فهو احق بالقضاء و في رواية له ان امي و منها ما اخرجه البخاري(٤) و مسلم عن ابن عمر ان عمر رضي الله تعالى عنهما قال يارسول الله اني نذرت في الجاهلية ان اعتكف ليلة في المسجد الحرام، قال فاوف بنذرك و زاد البخاري فاعتكف ليلة و منها ما رواه ابوداود(٥) في سننه من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان امراة اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله اني نذرت ان اضرب على رأسك بالدف، قال اوف بنذرك.. الحديث (و ان علق النذر بشرط) بان قال ان شفى الله مريضي او رد الله غائبي او مات عدوي فعلي صوم شهر او سنة (فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر) بالتعيين و لا يخرج عنه بالكفارة (لاطلاق الحديث) المذكور فانه لم يفصل بين كون النذر مطلقا او معلقا بشرط (و لان

=> في الفتح و الكفاية ص٣٧٤ ج٤. (١) خلاصة الفتاوى الخ كذا في الفتح. (٢) احاديث صحاح الخ راجع لها نصب الراية ص٣٠٠ ج٣ و نبذ منه في فتح القدير ص٣٧٥ ج٤. (٣) البخاري في النذور و الايمان باب من مات و عليه نذر ص٩٩١ج٢. (٤) البخاري ص٩٩١ج٢ و في الصوم باب من لم ير على المعتكف صوما ص٢٧٤ ج١ و مسلم في النذور باب نذر الكافر ص٥٠ ج٢ و ابوداود باب نذر الجاهلية ثم ادرك الاسلام ص١١٤ ج٢. (٥) أبو داود في النذور باب ما يومر به من الوفاء ص١١٣ ج٢ و الترمذي باب مناقب عمر بن الخطاب ص٢١٠ ج٢.

ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة او صدقة مال املكه اجزأه من ذلك كفارة يمين، و هو قول محمد رحمه الله تعالى و يخرج عن العهدة بالوفاء بما سمي ايضا، و هذا اذا كان شرطا لايريد كونه لان فيه معنى اليمين و هو المنع

و هو بظاهره نذر، فيتخير و يميل الى اي الجهتين شاء، بخلاف ما اذا كان شرطاً يريد كونه

المعلق بالشرط كالمنجز عنده) عند الشرط اي عند وجوده و لو نجز النذر عند وجود الشرط لم تجزئه الكفارة فكذا هنا، و به قال مالك رحمه الله تعالى في المشهور عنه. و قيل ان كان النذر في مباح يتخير و في الطاعة يلزمه الوفاء مطلقاً (و عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه رجع عنه) اي عن تعيين الوفاء بنفس النذر الى التخيير بين الكفارة و الوفاء و عن عبدالعزيز(١) بن خالد الترمذي قال خرجت حاجاً فلما دخلت الكوفة قرأت كتاب النذور و الكفارات على ابي حنيفة رحمه الله تعالى فلما انتهيت الى هذه المسألة قال قف فان من رأيي ان ارجع فلما رجعت عن الحج اذا ابوحنيفة قد توفي رحمه الله تعالى فاخبرني الوليد بن ابان انه رجع قبل موته بسبعة ايام و به كان يفتي(٢) اسماعيل الزاهد و شمس الائمة السرخسي لكثرة البلوى به في هذا الزمان و هذا لان كلامه نذر بظاهره و يمين بمعناه(٣) (و قال اذا قال) اي و قال ابوحنيفة اذا قال الرجل (ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة او صدقة) اي او قال فعلي صدقة (مال املكه أجزأه من ذلك كفارة يمين، و هو قول محمد رحمه الله تعالى) و به قال الشافعي في الجديد و احمد و مالك في رواية و في القديم يتعين الكفارة و يسمون هذا نذر اللجاج (و يخرج عن العهدة) اي عن عهدة اليمين (بالوفاء بما سمى ايضا) حتى لو كان معسراً كان مخيراً بين ان يصوم ثلاثة ايام و أن يصوم شهراً و هذا مروي عن ابي حنيفة في النوادر. و وجهه ما روي في السنن(٤) مسنداً الى عقبة بن عامر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كفارة النذر كفارة اليمين (و هذا) اي هذا المذكور (اذا كان شرطاً) اي اذا كان النذر معلقا بشرط (لايريد كونه) مثل ان شربت الخمر فعلي صوم سنة (لان فيه معنى اليمين و هو المنع) عن ايجاد

(١) و عن عبدالعزيز الخ كذا في الفتح. (٢) و به كان يفتى الخ و قال الولوالجي مشائخ بخاري يفتون بهذا فتح القدير. (٣) و في فتح القدير وجه الظاهر (ظاهر الرواية) النصوص من الآية الكريمة و الاحاديث و وجه رواية النوادر ما في صحيح مسلم (كتاب النذور ص٤٥ ج٢) من حديث عقبة بن عامر رضي الله تعالى عنه عنه صلى الله عليه وسلم كفارية النذر كفارة اليمين فهذا يقتضي ان يسقط بالكفارة مطلقا فيتعارض فيحمل مطلق الايفاء بعينه على المنجز و مقتضى سقوطه بالكفارة على المعلق. (٤) السنن - ابوداود باب من نذر نذرا و لم يسمه ص١١٤ ج٢ و كذا في مسلم ص٤٥ ج٢ كما مر آنفا في هذه الحاشية.

كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه، و هو المنع و هذا التفصيل هو الصحيح. قال من حلف على يمين و قال ان شاء الله متصلا بيمينه فلاحنث عليه لقوله عليه الصلوة و السلام من حلف على يمين و قال ان شاء الله فقد بر في يمينه، الا انه لابد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع و لا رجوع في اليمين.

الشرط (و هو بظاهره نذر) و هو ظاهر (فيتخير و يميل الى اي الجهتين شاء) اي التكفير او النذر (بخلاف ما اذا كان شرطا) اي بخلاف ما اذا علق بشرط (يريد كونه) اي كون الشرط (كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه و هو المنع) لان قصده الرغبة فيما جعله شرطاً (و هذا التفصيل) اي الذي ذكرنا بين شرط لايريد كونه و بين شرط يريد كونه (هو الصحيح) و قال الاكمل(١) و فيه نظر، لانه ان اراد حصر الصحة فيه من حيث الرواية فليس بصحيح، لانه غير ظاهر الرواية و ان اراد حصرها فيه من حيث الدراية لدفع التعارض فالدفع ممكن من حيث حمل احدهما على المرسل و الآخر على المعلق من غير تفرقة بين ما يريد كونه و ما لايريد، على ان فيه ايماء الى القصور في الذهاب الى ظاهر الرواية. (قال) اي القدوري (و من حلف على شيء) و في بعض النسخ على يمين، و على هذا قال الاترازي و معنى قوله على يمين، اي على مقسم عليه (و قال ان شاء الله تعالى متصلاً بيمينه فلا حنث عليه) و في المبسوط حلف على يمين او نذر و قال ان شاء الله متصلاً لا حنث عليه، و به قال اكثر اهل العلم، و قال مالك رحمه الله تعالى يلزمه حكم اليمين و النذر (لقوله صلى الله عليه وسلم) اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (من حلف على يمين و قال ان شاء الله فقد بر في يمينه) هذا(٢) الحديث بهذا اللفظ غريب، و بمعناه احاديث منها ما اخرجه اصحاب السنن الاربعة عن ايوب السختياني عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال من حلف فاستثنى فان شاء مضى و ان شاء ترك غير حنث. انتهى بلفظ النسائي و في لفظ له فهو بالخيار ان شاء مضى و ان شاء ترك، و لفظ ابن ماجة نحوه، و لفظ ابي داود من حلف على يمين فقال ان شاء الله فقد استثنى و لفظ الترمذي فقال ان شاء الله

---

(١) الاكمل في العناية ص٣٧٦ ج٤. (٢) هذا الحديث (الى) السنن الاربعة النسائي في الايمان والنذور باب من حلف فاستثنى ص١٤٤ ج٢ و ابوداود باب الاستثناء في اليمين ص١٠٨ ج٢ و الترمذي باب الاستثناء في اليمين ص١٨٥ ج١ و حسنه و صححه ابن حبان و ابن ماجة باب الاستثناء في اليمين ص١٥٣ و التفصيل في نصب الراية ص٣٠١ ج٣ و اعلاء السنن باب حكم الاستثناء في اليمين ص٤٠٩ ج١١ و راجع لتحقيق المسئلة المغنى ص٢٢٦ ج١١ و الاوجز ص١٤١ ج٤ ما لايجب فيه الكفارة و عمدة القاري باب الاستثناء في الايمان ص٢٢٣ ج٢٣ و فتح الباري باب الاستثناء في الايمان ص٧٣٨ ج١١.

فلا حنث عليه و قال حديث حسن. و منها ما رواه الترمذي(١) و النسائي و ابن ماجة من حديث ابن طاووس عن ابيه عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين فقال ان شاء الله لم يحنث (الا انه) استثنى من قوله فلا حنث عليه، يعني انما لم يحنث اذا كان الاستثناء متصلا بيمينه و هو معنى قوله (لابد من الاتصال) بان لايقطع قوله ان شاء الله بكلام او سكوت، و الفصل بانقطاع النفس لايعتبر لتعذر الاحتراز عنه، اما اذا كان الاستثناء منفصلاً فلا عدة به، فعليه الحنث (لانه بعد الفراغ رجوع) عن اليمين (و لا رجوع في اليمين) فان قلت(٢) هذا تعليل في مقابلة النص فان الحديث باطلاقه لايفصل بين المتصل و المنفصل. قلت الدلائل الدالة من النصوص وغيرها على اللزوم العقود هي التي توجب الاتصال. فان جواز الاستثناء منفصلا يفضي الى أخراج العقود كلها من البيوع و الانكحة وغيرها من ان تكون ملزمة، و في ذلك من الفساد ما لايخفى، و هذا التعليل يوافق تلك الادلة فيحمل حديث الاستثناء على الاتصال توفيقاً بين الادلة، و الله اعلم بالصواب.

(١) الترمذي ص١٨٥ ج١ و النسائي اذا حلف فقال له رجل ان شاء الله ص١٤٨ ج٢ و مسلم باب الاستثناء في اليمين ص٤٩ ج٢ و البخاري ص٩٩٤ج٢ و نصب الراية ص٣٠٢ج٣ و في الكفاية ص٣٧٦ ج٤ روى عن العبادلة الثلاثة (ابن مسعود و ابن عباس و ابن عمر) رضي الله تعالى عنهم اجمعين موقوفا و مرفوعا من حلف على يمين و قال ان شاء الله فقد استثنى و من استثنى فلا حنث عليه و لاكفارة انتهى فراجع لاحاديثهم و آثارهم نصب الراية و تلخيص الحبير و سنن البيهقي ص٤٦ ج١٠ و مصنف عبد الرزاق باب الاستثناء في اليمين ص٥١٥ ج٨.

(٢) فان قلت الخ كذا في العناية و الكفاية و قال مولانا جلال الدين الخوارزمي رحمه الله في الكفاية ص٣٧٦ ج٤ و عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما انه يجوز الاستثناء المنفصل الى ستة اشهر لقوله تعالى و اذكر ربك اذا نسيت اي اذا نسيت الاستثناء موصولا فاستثن مفصولا و روى ان محمد بن اسحاق صاحب المغازي كان عند منصور و كان عنده يقرأ المغازي و ابوحنيفة رحمه الله تعالى كان حاضرا فاراد ان يغري الخليفة عليه فقال ان الشيخ يخالف جدك في الاستثناء المنفصل فقال ابلغ من قدرك ان تخالف جدى فقال ان هذا يريد ان يفسد عليك ملكك لانه اذا جاز الاستثناء المنفصل فتبارك الله لك في عهودك اذن فان الناس يبايعونك و يحلفون ثم يخرجون و يستثنون ثم يخالفون فلايحنثون فقال نعم ما قلت و غضب على محمد بن اسحاق و اخرجه من عنده و في تصحيح الاستثناء المنفصل اخراج العقود كلها من البيوع و الانكحة عن ان تكون ملزمة و لايحتاج حينئذ الى المحلل لان المطلق يستثنى اذا ندم و قوله تعالى و اذكر ربك اذا نسيت معناه اذا لم تذكر ان شاء الله في اول كلامك فاذكره في آخر كلامك موصولا بكلامك و الله اعلم الخ.

باب اليمين في الدخول و السكنى

و من حلف لايدخل بيتاً فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث، لان البيت ما اعد للبيتوتة، و هذه البقاع ما بنيت لها. و كذا اذا دخل دهليزاً او ظلة باب الدار لما ذكرنا، و الظلة ما تكون على السكة، و قيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق

(باب اليمين في الدخول السكنى)

اي هذا باب في بيان حكم اليمين المتعلق بدخول البيت و حكم السكنى فيه الدخول الانفصال من الظاهر الى الباطن و الخروج على العكس و السكنى(١) عبارة عن الكون في مكان على سبيل الاستقرار و الدوام، فان من جلس في مسجد او بات فيه لايعد ساكناً فيه، و لما كان انعقاد اليمين على فعل شيء او تركه شرع بذكر الافعال التي ينعقد عليها اليمين باباً بابا الا انه قدم هذا الباب على غيره لانه اهم، لان الانسان يحتاج الى مسكن يدخل فيه و يستقر، ثم يترتب على ذلك سائر الافعال من الاكل و الشرب (قال) اي القدوري (و من حلف لايدخل بيتاً فدخل الكعبة او المسجد او البيعة) بكسر الباء متعبد النصارى (او الكنيسة) و هي متعبد اليهود (لم يحنث، لان البيت ما اعد للبيتوتة، و هذه البقاع ما بنيت لها) اي للبيتوتة، و المعتبر في الايمان العادة و العرف، و الالفاظ المستعملة في الايمان مبنية على العرف عندنا. و قال احمد(٢) مبنى الايمان على النية، سواء نوى ظاهر اللفظ او مجازه خاصاً او عاماً، لقوله عليه الصلوة و السلام لكل امرئ ما نوى و قال الشافعي رحمه الله تعالى مبنية على الحقيقة، لانها حقيق ان تراد و عند مالك على معاني كلام القرآن، لانه على اصح اللغات و افصح (و كذا) اي و كذا لم يحنث (اذا دخل دهليزاً او ظلة باب الدار) و الظلة ما اظل فوق الباب خارج الدار (لما ذكرنا) اشار الى قوله لان البيت ما اعد للبيتوتة. و في التحفة و لو دخل دهليز الدار يحنث، لانه في الداخل و الظلة يكون على السكة (و الظلة ما تكون على السكة) ما اظل فوق الباب خارج الدار، و هو يصلح ان يكون تفسيراً لما ذكره المصنف. و اوضح ذلك صاحب الحصر فقال الظلة(٣) هي التي احد طرفي جذوعها على هذه الدار و طرفها الآخر على حائط الجار المقابل(٤) و في الذخيرة اراد بالظلة الساباط الذي يكون على باب الدار. قال صاحب المغرب قول الفقهاء ظلة الدار يريدون بها السدة التي فوق الباب، و الكل في الحقيقة معنى واحد (و قيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق

---

(١) السكنى الخ راجع المبسوط للسرخسي ص١٦٠ ج٨ و مابعده و البدائع كتاب الايمان. فصل و اما الحلف على السكنى ص٧٢ ج٣. (٢) و قال احمد رحمه الله تعالى الخ كذا في الكفاية و الفتح. (٣) الظلة الخ كذا في الكفاية. (٤) الجار المقابل – ن – الجدار المقابل.

الباب يبقى داخلاً و هو مسقف يحنث، لانه يبات فيه عادة و ان دخل صفة حنث لانه(١) يبنى للبيتوتة فيه في بعض الاوقات، فصار كالشتوي و الصيفي. و قيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة، و هكذا كانت صفافهم و قيل الجواب يجري على اطلاقه و هو الصحيح. و من حلف لايدخل داراً فدخل داراً خربة لم يحنث، و لو حلف لايدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت و صارت صحراء حنث،

الباب يبقى داخلاً و هو مسقف يحنث. لانه يبات فيه عادة) قيد بقوله و هو مسقف(٢) يبقى ان لايحنث و لكن الاصح ان كل موضع اذا اغلق الباب لايمكنه الخروج يكون من الدار، فعلى هذا يحنث بدخوله الدهليز مطلقا كما ذكره اولاً، و علله بقوله لانه في الداخل (و ان دخل صفة حنث) اي في يمينه لايدخل بيتاً (لانه يبنى للبيتوتة فيه في بعض الاوقات، فصار كالشتوي و الصيفي) الشتوي هو الذي يبنى لان يبات فيه في الشتاء، و الصيفي الذي يبنى لان يبات فيه في الصيف فالشتوي له جدران اربعة في واحد منها باب، و الصيفي له ثلاثة جدران ليس الا و هو الصفة. و فيه قول بعض المشايخ بخلاف هذا اشار اليه بقوله (و قيل هذا) اي الحنث بدخول الصفة في يمينه لايدخل بيتاً (اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة، و هكذا كانت صفافهم) اي صفاف اهل الكوفة، فحينئذ لايكون فرق بين البيت و الصفة، فيحنث. لانه يبات فيها. و في المبسوط و في عرفنا الصفة ذات حوائط ثلاثة قد يكون على هيئة البيت، فلايكون بيتاً و لايحنث، و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و قال الفقيه ابوالليث في شرح الجامع الصغير ذكره عن ابي حازم(٣) قاضي بغداد ان هذه اشكلت على حتى انتهيت الى الكوفة فرأيت صفافهم مبوبة فعلمت ان الايمان وضعها على تعارفهم، قال ابوبكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي قال اصحابنا ذلك على حسب عاداتهم كانت بالكوفة يسمون بيتاً في جوف بيت آخر صفة، فاما اسم الصفة في بغداد لايتناول البيت و لا اسم البيت يتناول الصفة (و قيل الجواب يجري على اطلاقه) يعني يحنث اي صفة دخلها بالصحة البيتوتة و اليه ذهب المصنف و نبه عليه بقوله (و هو الصحيح) و قال الكاكي و هو الصحيح احتراز عن تقييد الصفة بعرفهم، يعني الصحيح الاطلاق لوجود البيتوتة في الصفة. (و من حلف لايدخل داراً فدخل داراً خربة لم يحنث و لو حلف لايدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت و صارت صحراء حنث) و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايحنث

---

(١) لانه يبنى للبيتوتة فيه - ن - لانها تبنى للبيتوتة فيها. (٢) قيد بقوله و هو مسقف الخ و الظاهر ان ههنا سقطة او تصحيفا و في فتح القدير ص٣٧٨ ج٤ ان السقف ليس شرطا في مسمى البيت فيحنث و ان لم يكن الدهليز مسقفا. (٣) عن ابي حازم الخ كذا في العناية و راجع الكفاية و الفتح.

لان الدار اسم للعرصة عند العرب و العجم يقال دار عامرة و دار غامرة و قد شهدت اشعار العرب بذلك .

في الوجهين، و اشار المصنف الى الفرق بين الوجهين بقوله (لان الدار اسم للعرصة) قال ابن الاثير(١) العرصة كل موضع واسع لابناء فيه. و قال الجوهري(٢) العرصة كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء و الجمع العرصات و العراص. قلت و منه عرصات يوم القيامة، و هي شدائده و هي في لغة العجم كذلك. فلذلك قال المصنف (عند العرب و العجم) و هي(٣) بسكون الراء و يفتح في الجمع (يقال دار عامرة و دار غامرة) اي دار عامرة بالعين المهملة، و دار غامرة بالغين المعجمة. قال الجوهري الغامرة يعني بالغين المعجمة من الارض خلاف العامرة، يعني بالمهملة. و في حديث عمر(٤) رضي الله تعالى عنه جعل على كل جريب عامر او غامر درهما و قفيزا. و قال ابن الاثير(٥) الغامر يعنيُ بالغين المعجمة ما لم يزرع مما يحتمل الزراعة من الارض. و الجريب(٦) من الارض ستون ذراعاً في ستين (و قد شهدت اشعار العرب بذلك) اي بان الدار اسم للعرصة، و جاء ذلك في اشعار كثيرة، منها ما قال لبيد العامري(٧)

عفت الديار محلها فمقامها بمنى تأبد غولها فرجامها

قوله عفت ديار الاحباب ما كان منها للحلول دون الاقامة و ما كان منها للاقامة، و عفى يعفو لازم و يتعدى، و هنا لازم، يعني اندرست. قوله - بمنى - بالتنوين و هو موضع دون منى الحرم. قوله - تأبد - اي اقفر و الفته الوحوش. قوله - غولها - بفتح الغين المعجمة و الرجاء بكسر

---

(١) ابن الاثير في النهاية ص٢٠٨ ج٣. (٢) الجوهري في الصحاح ص١٠٤٤ ج٣ و كذا في اللسان. (٣) و هي بسكون الراء اي العرصة على وزن الحركة و الجمع عرصات بفتح العين و الراء على وزن حركات و العراص بكسر العين على وزن الكتاب و في الكفاية قوله لان الدار اسم للعرصة اي بعد البناء بقى البناء او لم يبق فاما العرصة قبل البناء لاتسمى دارا الاترى ان المفاوز و المزارع لاتسمى دارا. (٤) و في حديث عمر رضي الله تعالى عنه اخرجه البيهقي في سننه كتاب السير باب قدر الخراج الذي وضع على السواد ص١٣٦ ج٩ و لفظه ان عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه بعث عثمان بن حنيف فمسح السواد فوضع كل جريب عامر او غامر حيث يناله الماء قفيزا او درهما. (٥) ابن الاثير في النهاية ص٣٨٣ ج٣ و فيه سمي غامرا لأن الماء يغمره (باب نصر اي يستره) فهو و العامر فاعل بمعنى مفعول قال القتيبي ما لايبلغه الماء من موات الارض لايقال له غامر و انما فعل عمر رضي الله تعالى عنه ذالك لئلا يقصر الناس في الزراعة انتهى. (٦) و الجريب الخ و في لسان العرب و الجريب قدر ما يزرع فيه من الارض قال ابن دريد لا احسبه عربيا و الجمع اجربة (على وزن اسئلة و اجوبة) و جربان (على وزن عثمان). (٧) قال لبيد الخ كذا في العناية و الفتح.

فالبناء وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو، و في الغائب معتبر.

الراء و بالجيم، و هما جبلان معروفان. و قيل موضعان و منها ما قال النابغة

يا دار مية بالعليا فالسند   اقوت و طال عليها سالف الابد
وقفت(١) فيها اصيلالا اسائلها   عيت جواباً و ما بالربع من أحد

يخاطب النابغة دار مية اسم امرأة. و العلياء موضع مرتفع، و كذلك السند بفتحتين موضع مرتفع من ارتفاع الوادي و الجبل، ثم اخبر عنها بقوله - اقوت - اي اقفرت و خلت عن اهلها و ذهبوا و طال عليهم ما مضى من مرور الزمان ثم يقول وقفت عليها عشية اسائلها عن اهلها اين مضوا فلم تقدر على الجواب، و لم يكن فيها احد يجيبني و الاصيلال اصله اصيلان مصغر اصلان جمع اصيل فابدلوا من النون لاماً. و الاصيل الوقت بعد المغرب، و منها ما قال حسان بن ثابت رضي الله تعالى عنه.

تلك دار الالوف اضحت نشاطا   بعدما نحلها في نشاط

و النشاط شره من الصبي و هذه الابيات كما ترى دالة على ان الدار سمي داراً بعد ارتحال اهلها عنها و اضمحلال آثارها و دروس رسومها و اطلالها و قال الاترازي و قد اورد الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير و الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي هاهنا بيتا(٢) يصلح لضبط الفقهاء و هو الدار دار و ان زالت حوائطها. و البيت ليس ببيت بعد ان ينهدم، ثم قال و لكن لايصلح للاحتجاج به، فان قائله ليس بمعلوم و انشاء مثله لكل احد غير عسير، انتهى. و ذكر الكاكي هذا البيت في معرض الاحتجاج فلاباس به، لانه و ان لم يعرف قائله يصلح للاحتجاج، الا ترى ان النحاة كثيراً احتجوا بابيات لايعرف قائلها، غير انهم اذا عرفوا ان قائلها من السفر المحدثين لم يحتجوا فيها الا للاستشهاد (غير ان الوصف في الحاضر لغو، و في الغائب معتبر)(٣) اي هذا اذا كانت الصفة لم تكن داعية الى اليمين كصفة كون الدار مبنية و في

(١) وقفت فيها اصيلالا الخ و في فتح القدير وقفت فيها اصيلانا ثم شرحه اذا كانت الدار بالعليا فالسند و هو ارتفاع الجبل بحيث يسند اليه اي يصعد لم يصرها السيل و اقوت اقفرت و طال عليها سالف الابد بالباء السالف الماضي و الابد الدهر اي طال عليها ماضي الزمان و هذا كناية عن خرابها و اصيلانا تصغير جمع اصيل اصلان كبعير و بعران و هو عشية النهار و قد تبدل نونه لاما فيقال اصيلال و انما صغره للدلالة على قصر الوقت الذي وقف فيه للمسالة و هذا السوال توجع و تحسر وعيت جوابا عجزت يقال في تعب البدن اعياء و الفعل اعيا و في كلال اللسان عيى. (٢) بيتا الخ كذا في العناية ص٣٧٩ ج٤. (٣) و في الغائب معتبر و في العناية لما ذكر في الاصول ان المحلوف عليه لابد و ان يكون معلوماً فاذا كان مشارا اليها كان المحلوف عليه معلوما فلاحاجة الى معرف بخلاف المنكر فانه لامعرف له سوى الوصف فيكون معتبرا انتهى و كذا في الكفاية و الفتح.

و لو حلف لايدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام، و ان جعلت مسجداً او حماماً او بستاناً او بيتاً فدخله لم يحنث، لانه لم يبق داراً لاعتراض اسم آخر عليه، و كذا

الغائب اي المنكر معتبرة، لان الغائب يعرف بالوصف، فتعلقت اليمين بالدار موصوفة بصفة فلايحنث بعد زوال تلك الصفة، و في المعين لغو، لانه اشارة الى تعريف فاغنت عن الوصف الذي وضع للتوضيح فاستوى وجودها و عدمها. و هنا اعتراضان(١) الاول: نقض اجمالي، و هو ان يقال هذا بل بما قال محمد في كتاب الوكالة بشراء دار فاشترى داراً خربة يلزم الموكل، و ينبغي ان لايقع للموكل، لان الصفة في الغائب معتبرة. الجواب ان الصفة في المنكرة من كل وجه معتبرة، و الدار في اليمين منكرة من كل وجه. و في الوكالة تعرفت من وجه، لان التوكيل بشرائها انما يصح عند بيان الثمن و المحلة و ليست في اليمين كذلك، فلايلزم من صحة انعقاد الوكالة صحة انعقاد اليمين بلاصفة. الثاني: بطريق المعارضة و هو ان يقال ان البناء لايخلو اما ان يكون داخلاً في المسمى او لم يكن، فان كان داخلاً وجب ان لايختلف الحال بالغيبة و الحضور في الدخول كالعرصة، و ان لم يكن داخلاً وجب ان لايختلف الحال ايضا في عدم الدخول، كما اذا حلف لايكلم رجلا لايتقيد يمينه برجل قاعد عالم، الى غير ذلك من الصفات الخارجة عنه. و الجواب ان البناء صفة متعينة للدار، فجاز ان يكون مراداً بحكم العرف لتعينه و في الرجال التزاحم في الصفات ثابت من العلم و العقل و القدرة و الصناعة و الحسن و الجمال، و هذه الصفات باسرها تمنع ارادتها عادة، و ليس البعض اولى من البعض في الارادة فيمتنع الارادة اصلا كذا ذكره في النهاية محالاً على الفوائد الظهيرية و قال الاكمل(٢) ورد بان البناء ضده الخراب فكان الدار محل تواردهما فكيف صار البناء صفة متعينة فهو في حيز النزاع. و اقول في جواب المعارضة المذكور من التقسيم غير حاصر لجواز ان يكون داخلاً في المنكر لاحتياجه الى التعريف غير داخل في المعروف لاستغنائه عنه (و لو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت) داراً (اخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام) لم تبدل باعتبار اصله، و انما تبدل الوصف و ذلك لايعتبر في الحاضر. و للشافعي رحمه الله تعالى فيه وجهان (و ان جعلت مسجداً) اي و ان جعلت الدار مسجداً (او حماماً او بستاناً او بيتاً فدخله لم يحنث لانها لم يبق داراً(٤) لاعتراض اسم آخر عليه) لانها لما تبدل اسمها كان ذلك بمنزلة تبدل العين (و كذا) اي و

---

(١) اعتراضان الخ كذا في العناية و قد تكلم عليه محشى العناية سعدى چلپى فراجعه ان شئت. (٢) الاكمل في العناية ص٣٧٩ ج٤. (٣) لم يبق دارا و في الفتح و كذا غلب عليها الماء او جعلت نهرا فدخله لاعتراض =>

اذا دخله بعد انهدام الحمام و اشباهه لانه لايعود اسم الدارية. و ان حلف لايدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم و صار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت، لانه لايبات فيه حتى لو بقيت الحيطان و سقط السقف يحنث لانه يبات فيه و السقف وصف فيه، و كذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لم يحنث، لان الاسم لم يبق بعد الانهدام

كذا لايحنث (اذا دخله بعد انهدام الحمام و اشباهه) اي بعد كونه مسجداً او بستاناً او نهراً فجعلها داراً و دخل لم يحنث (لانه لايعود اسم الدارية) بتشديد الياء آخر الحروف. و قال الكاكي لم يحنث، و ان عاد اسم الدار لكونه صفة جديدة، فنزل ذلك منزلة اسم آخر نظراً الى تبدل البيت، و لهذا لو حلف لايدخل هذا المسجد فدخله بعد ما انهدم يحنث (و ان حلف لايدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم و صار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت، لانه لايبات فيه، حتى لو بقيت الحيطان و سقط السقف يحنث، لانه يبات فيه) اي في البيت الذي زال سقفه و جدرانه باقية (و السقف و صف فيه) اي في البيت، اذ البيتوتة تحصل بدونه، و السقف صفة الكمال في البيت و لم يضر زوال الوصف. (و كذا اذا بنى) اي ذلك البيت (بيتاً آخر فدخله لم يحنث، لان الاسم لم يبق بعد الانهدام) لان الثاني صار غير الاول، لانه بصفة جديدة، و في خلاصة الفتاوى عن الاصل لو حلف لايسكن بيتاً و لا نية له فسكن بيتاً من شعر او فسطاطاً او خيمة لايحنث ان كان الحالف من اهل المصر، و ان كان من اهل البادية يحنث. و ذكر بعضهم في شرحه منقولاً عن الفوائد الظهيرية انه اذا حلف لايهدم بيتاً فهدم بيت العنكبوت يحنث هذا اسر(١) لانه مخالف

=> اسم آخر عليه و كذا اذا دخله بعد ما انهدم المبنى ثانيا من الحمام و ما معه لانه لايعود اسم الدارية بياء مشددة و كذا اذا بنى دارا بعد ما انهدم ما بنى ثانيا من الحمام و نحوه لانها غير تلك الدار التي منع نفسه من الدخول فيها الخ. (١) هذا اسر كذا في الاصل لعل ههنا تصحيفا و في العناية ص٣٧٧ ج٤ لان البيت ما اعد للبيتوتة و هذه البقاع (الكعبة و المسجد و نحوهما) ما اعدت لها اعترض عليه بان الله سمى الكعبة بيتا قال الله تعالى ان اول بيت وضع للناس الآية و سمى المساجد بيوتا بقوله تعالى في بيوت اذن الله الآية و اجيب بان الايمان مبناها على العرف لا على الفاظ القرآن الا ترى ان الله تعالى سمى بيت العنكبوت بيتا و مطلق اسم البيت في اليمين لايتناوله و استشكل بما قاله في الفوائد االظهيرية اذا حلف لايهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت حنث و سيجيء الجواب ان شاء الله تعالى و قال ابن الهمام رحمه الله تعالى في الفتح ص٣٧٧ ج٤ ان الاصل ان الايمان مبنية على العرف عندنا لان المتكلم انما يتكلم بالكلام العرفي اعنى الالفاظ التي يراد بها معانيها التي وضعت لها في العرف ثم من المشائخ من جرى على هذا الاطلاق فحكم في الفرع الذي ذكره صاحب الذخيرة و المرغيناني و هو ما اذا حلف لايهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت انه يحنث بانه خطأ و منهم من قيد الحمل على =>

قال و من حلف لايدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث، لان السطح من الدار، الاترى ان المعتكف لايفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد. و قيل في عرفنا لايحنث. قال و اذا دخل دهليزها يحنث و يجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم، و ان وقف في طاق الباب بحيث اذا اغلق الباب كان خارجاً لم يحنث، لان الباب لاحراز الدار و ما

للاصل و للرواية، فان الشيخ ابانصر قال. و ان حلف لايخرب بيتاً فخرب بيت العنكبوت لم يحنث و ان سماه الله بيتاً، ذكره في مسألة لاياكل لحما فاكل السمك لم يحنث (قال) اي قال القدوري (و من حلف لايدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث، لان السطح من الدار، الا ترى ان المعتكف لايفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد) و كذا يصلح اقتداء الذي على سطح المسجد بمن فيه. و ذكر في الشامل حلف لايدخل دار فلان، فقام على حائطه او سطحه حنث، و قال في شرح الاقطع قال الشافعي رحمه الله تعالى لايحنث. و قال بعض اصحابه يحنث (و قيل في عرفنا لايحنث) اي بالوقوف على سطح الدار، قال الفقيه ابوالليث في النوازل ان كان الحالف من بلاد العجم فانه لايحنث في هذا كله ما لم يدخل الدار، لان الناس لايعرفون ذلك دخولاً في الدار. و في جامع قاضي خان هذا في عرفهم، و في عرفنا الصعود على السطح و الحائط لايسمى دخولاً فلايحنث. ثم قال و الصحيح جواب الكتاب انه يحنث و في الفتاوى(١) قال هذا اذا كان اليمين بالعربية، فان كانت بالفارسية و صعد السطح او ارتقى شجرة اغصانها فيها او قام على حائط منها لايحنث. و في الايضاح لو كان فوق المسجد سكن لم يحنث، لانه ذلك ليس بمسجد. و في شرح الوجيز لو كانت في الدار شجرة منتشرة الاغصان فتعلق ببعضها، فان حصل في محاذات البيات حنث. و ان حصل في محاذات سترة السطح ففيه وجهان، و ان كان اعلى من ذلك يحنث و عند اصحاب ابي حنيفة رحمهم الله تعالى انه لو كان بحيث لو سقط يسقط في الدار يحنث (قال) اي قال القدوري (و اذا دخل دهليزها يحنث و يجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم) يعني اذا اغلق الباب و يبقى داخلاً و هو مسقف و انما قال هذا لان القدوري اطلقه (و ان وقف في طاق الباب بحيث اذا اغلق الباب كان خارجاً لم يحنث، لان الباب لاحراز الدار و ما

=> العرف بما اذا لم يكن العمل بحقيقته فاما الفرع المذكور فالوجه فيه انه ان كان نواه في عموم بيتا حنث و ان لم يخطر له وجب ان لايحنث لانصراف الكلام الى المتعارف عند اطلاق لفظ بيت و ظهر ان مرادنا بانصراف الكلام الى العرف انه اذا لم يكن له نية كان موجب الكلام ما يكون معنى عرفيا له و ان كان له نية شيء و اللفظ يحتمله انعقد اليمين باعتباره انتهى ملخصا. (١) الفتاوى الخ كذا في فتاوي قاضي خان ص٧٧ ج٢ و الفتاوى الهندية ص٦٩ ج٢.

فيها فلم يكن الخارج من الدار قال ومن حلف لايدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحساناً و القياس ان يحنث لان الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل و لو حلف لايلبس هذا الثوب و هو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث و كذا اذا حلف لايركب هذه الدابة و هو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث او حلف لايسكن هذه الدار و هو ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته و قال زفر رحمه الله تعالى يحنث لوجود الشرط و ان قل و لنا ان اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحققه،

فيها، فلم يكن الخارج من الدار) اي خارج الباب من الدار لعدم الحرز به. و في المحيط و كذا لو قام على اسكفة الباب و الباب بينه و بين الدار لايحنث. و لو ادخل رأسه او احدى رجليه او حلف ان لايخرج فاخرج احدى رجليه او رأسه لم يحنث و به قال الشافعي و احمد و مالك رحمهم الله تعالى في رواية و لو حلف لايدخل بيت فلان فلا نية له، ثم دخل في صحن داره لم يحنث حتى يدخل البيت هذا في عرفهم و في عرفنا الدار و البيت واحد فيحنث ان دخل صحن الدار، و عليه الفتوى، و به قال الشافعي في وجه و احمد رحمهما الله تعالى حلف لايدخل دار فلان فمات صاحبها فدخل لم يحنث، سواء كان على الميت دين ام لا. و لو باعها فلان ثم دخلها ان عينها بان قال هذه لايحنث عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و عند محمد و زفر و الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى يحنث. و لو دخل داراً مشتركة بينه و بين غيره، فان كان المحلوف عليه يسكنها يحنث. و لو دخل داراً يسكنها فلان بالاجارة او بالاعارة يحنث، و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى (قال) اي قال القدوري (و من حلف لايدخل هذه الدار و هو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحساناً و القياس ان يحنث) و به قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى في وجه (لان الدوام له حكم الابتداء) اي لان الدوام على الفعل له حكم ابتداء الفعل كما اذا حلف لايلبس هذا الثوب و هو لابسه، او لايركب هذه الدابة و هو راكبها، فدام على ذلك يحنث (وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له، لانه انفصال من الخارج الى الداخل) و ليس له دوام (و لو حلف لايلبس هذا الثوب و هو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث. و كذا اذا حلف لايركب هذه الدابة و هو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث او حلف لايسكن هذه الدار و هو ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته. و قال زفر رحمه الله تعالى يحنث) اي قياساً (لوجود الشرط و ان قل) اي شرط الحنث و شرط الحنث يستوي فيه القليل و الكثير (و لنا ان اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحققه) اي تحقق البر، فان قلت لانسلم ان اليمين تعقد للبر،

فان لبث على حاله ساعة حنث، لان هذه الافاعيل لها دوام بحدوث امثالها، الا يرى انه يضرب لها مدة يقال ركبت يوماً و لبثت يوماً، بخلاف الدخول لإنه لايقال دخلت يوماً بمعنى المدة و التوقيت و لو نوى الابتداء الخالص يصدق، لانه محتمل كلامه.

الا ترى ان الحلف على مس السماء ينعقد، و البر لايتصور. قلت اليمين ثمة منعقدة للبر ايضا للامكان، لكن للعجز الظاهر انتقل الحكم الى الخلف، و هو الكفارة (فان لبث على حاله ساعة حنث، لان هذه الافاعيل) و هو اللبس و الركوب و السكنى (لها دوام بحدوث امثالها) اي يتجدد امثالها بدليل صحة ضرب المدة، و هي معنى قوله (الا يرى انه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما و لبثت يوما) فكان للدوام حكم الابتداء فيحنث الا ان يعني الابتداء الخالص، فحينئذ لايحنث باللبس (بخلاف الدخول، لانه لا يقال دخلت يوماً بمعنى المدة و التوقيت) انما قيد بمعنى المدة و التوقيت احترازاً عما يقال في مجاري كلامهم دخلت عليه يوماً، قال لي كذا و كذا خرجت عنه يوماً قال لي كذا، و قرن الدخول باليوم لكن يراد به مطلق الوقت و لا يراد به معنى المدة و التوقيت و اعلم(١) ان الافعال على ضربين، ضرب يقبل الابتداء و ضرب لايقبله و الفاصل بينهما قبول التوقيت و عدمه ما قبل التوقيت قبل الامتداد و ما لا فلا، و الاستدامة على الممتد بمنزلة الانشاء. قال الله تعالى فلاتقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين(٢) اي فلاتمكث قاعداً، لانه صلى الله عليه وسلم كان يعظ الناس قاعداً، و على هذا قالوا اذا قال لها كلما ركبت فانت طالق فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت، و ان مكثت مثلها طلقت اخرى، لان للدوام حكم الابتداء و كلمة كلما يعم الافعال فيتكرر الجزاء بتكرر الشرط. و نوقض(٣) بما قال كلما ركبت دابة فعلي ان اتصدق بدرهم فركب دابة فعليه درهم و ان طال مكثه في الركوب. و ان كان ما ذكرتم صحيحاً لزمه اكثر من ذلك، و اجيب بان الاستدامة فيما يمتد بمنزلة الانشاء اذا لم يكن الانشاء الخالص مراداً و لهذا قلنا في هذا الفصل اذا كان راكباً وقت اليمين لزمه في كل وقت يمكنه النزول و الركوب درهم لكون الانشاء الخالص غير مراد (و لو نوى الابتداء الخالص) اي لا البس بعد النزع و لا اركب بعد النزول (يصدق) فلايحنث (لانه محتمل كلامه) سماه محتملا، و ان كان قوله لايركب حقيقة في الابتداء، لانه حقيقة فيه اذا لم يكن راكباً، اما اذا كان راكباً فالابتداء من محتملاته. و قال تاج الشريعة لايحنث لانه قد يكون من حيث الابتداء، و قد يكون من حيث الدوام. و قد تكلم بلفظ اللبس، فيكون ناوياً تخصيص ما في لفظه، فصحت النية

---

(١) و اعلم الخ كذا في العناية ص٣٨٣ ج٤ و الكفاية. (٢) الظالمين - الانعام - ٦٨. (٣) و نوقض الخ كذا في العناية.

قال و من حلف لايسكن هذه الدار فخرج بنفسه و متاعه و اهله فيها و لم يرد الرجوع اليها حنث لانه يعد ساكناً(١) ببقاء اهله و متاعه فيها عرفاً فان السوقي عامة نهاره في السوق و يقول اسكن سكة كذا و البيت و المحلة بمنزلة الدار، و لو كان اليمين على المصر لايتوقف البر على نقل المتاع و الاهل فيما روي عن ابي يوسف رحمه الله تعالى لانه لايعد ساكناً في الذي انتقل عنه عرفاً، بخلاف الاول

(قال)(١) اي قال القدوري (و من حلف لايسكن هذه الدار) و هو متاهل بدليل قوله (فخرج بنفسه و متاعه و اهله فيها) و متاعه مرفوع بالابتداء و اهله عطف عليه، و قوله فيها خبر المبتدأ، اي في الدار، و الواو فيه للحال (و لم يرد الرجوع اليها حنث) و به قال احمد و مالك رحمهما الله تعالى(٢) و عن مالك لو اقام يوما و ليلة حنث، و في الاقل لم يحنث. و عند زفر يحنث عقيب اليمين و قال الشيخ ابونصر قال الشافعي رحمه الله تعالى يحنث. و قال الكاكي و عند الشافعي لايحنث اذا خرج بنية التحويل قيل و هذا الخلاف(٣) مبني على اصل بيننا و بين الشافعي و هو ان عنده العبرة لحقيقة اللفظ و العادة بخلافها لاتعتبر، و عندنا العبرة للعادة، لانها طارئة على الحقيقة، و الحالف يريد ذلك ظاهرا فيحمل كلامه عليه، الا ترى ان المديون يقول لصاحب الدين لاجرينك على الشوك يحمل ذلك على شدة المطل (لانه) اي لان الحالف (يعد ساكناً ببقاء اهله و متاعه فيها عرفاً) اي من حيث العرف و العادة، ثم اوضح ذلك بقوله (فان السوقي عامة نهاره) اي في اكثر نهاره (في السوق) مشغولاً لما يعانيه من الحرفة او البيع او الشراء (و يقول اسكن سكة كذا) يذكر سكة من سكك المدينة فهذا يدل على انه يعد ساكناً ببقاء اهله و متاعه فيها (و البيت و المحلة بمنزلة الدار) اراد ان اليمين بقوله لا اسكن هذا البيت او لا اسكن هذه المحلة مثل اليمين بقوله لا اسكن هذه الدار. و في الخلاصة السكة و المحلة بمنزلة الدار (و لو كان اليمين على المصر) بان حلف لايسكن في هذا المصر او في هذا البلد (لايتوقف البر على نقل المتاع و الاهل) بمعنى اذا انتقل الى مصر آخر بنفسه و لم ينقل الاهل و المتاع لايحنث في يمينه (فيما روى عن ابي يوسف رحمه الله تعالى) كذا نقل ابوالليث في شرح الجامع الصغير في الامالي عن ابي يوسف (لانه لايعد ساكناً في الذي انتقل عنه عرفاً) و ان لم ينقل الاهل و المتاع قال من يكون ببصرة لايقال هو ساكن ببغداد و ان كان اهله و نقله ببغداد (بخلاف الاول) و هو قوله لا اسكن هذا الدار او لا اسكن هذه السكة او المحلة كما ذكر، و عند الشافعي المصر

---

(١) ساكنا – ن – ساكنها. (٢) و به قال احمد و مالك رحمهما الله تعالى الخ كذا في الفتح. (٣) و هذا الخلاف الخ كذا في المبسوط للسرخسي ص١٦٣ ج٨.

و القرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ثم قال ابوحنيفة رحمه الله تعالى و لابد من نقل كل المتاع، حتى لو بقى وتد يحنث، لان السكنى قد ثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه و قال ابويوسف رحمه الله تعالى يعتبر نقل الاكثر، لان نقل الكل قد يتعذر، و قال محمد رحمه الله تعالى يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته،

كالدار يعني لما ذكرنا انه يعتبر حقيقة اللفظ لا العادة (و القرية بمنزلة المصر) و في بعض الشروح و القرية كالمصر، يعني اذا قال لا اسكن هذه القرية فحكمه حكم من قال لا اسكن هذا المصر (في الصحيح من الجواب) احترز به عن قول بعض مشايخنا ان القرية كالدار، و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى ايضا و الاصح انها كالمصر، و هو اختيار الشيخ الامام الاجل برهان الدين و الصدر الشهيد و قد عرفت ان جملة هذه المسائل على ثلاثة اوجه، اما ان كانت المسالة في المصر او القرية او الدار، و قد عرفت حكم كل واحد (ثم قال ابوحنيفة رحمه الله تعالى لابد من نقل كل المتاع حتى لو بقي فيه وتد يحنث) في يمينه (لان السكنى قد ثبت بالكل فيبقى) اي السكنى (ما بقي شيء منه) اي من المتاع. و نقل صاحب الاجناس عن نوادر ابي يوسف رواية علي بن الجعد و ان ترك فيها ابرة او مسلة حنث، و به قال احمد. و في المحيط و المبسوط قال مشايخنا انما يشترط عند ابي حنيفة نقل الكل بما يقصد به السكنى اما اذا لم ينقل مالايقصد به السكنى كالوتد و المكنسة و قطعة حصير بر في يمينه. و اعترض(١) على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى بان سكناه كان بجميع ما كان معه من الاهل و المتاع، فاذا خرج بعضه انتفى سكناه لان الكل ينتفي بانتقال البعض. و اجيب بان الكل ينتفي بانتفاء جزء حقيقي لا اعتباري و ما ذكرتم ليس كذلك، و ينبغي ان ينتقل الى منزل آخر حتى يبر (و قال ابويوسف رحمه الله تعالى يعتبر نقل الاكثر) اي اكثر المتاع (لان نقل الكل قد يتعذر) و ببقاء الاقل لايعد ساكناً، و عليه الفتوى كذا في الكافي والمحيط (وقال محمد رحمه الله تعالى يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته) هذه نسبة الى كدخدا(٢) اي بفتح الكاف و سكون الدال و ضم الخاء المعجمة و بالذال

---

(١) اعترض الخ كذا في العناية و الكفاية و فيه المجموع ينتفي بانتفاء البعض اذا كان المجموع من حيث الاجزاء كمجموع العشرة اما اذا كان من حيث الافراد لاينتفى بانتفاء البعض كالرجال الخ و في البحر ص٣٣٣ ج٤ و لايرد عليه ان الشيء ينتفى بانتفاء جزئه كالعشرة تنتفى بانتفاء الواحد لان ذالك في الاجزاء اما في الافراد فلا كالرجال لاينتفى بانتفاء واحد و الفرق بين الفرد و الجزء انه ان صدق اسم الكل على كل واحد فالآحاد افراد و الا فاجزاء كما عرف من بحث العام في الاصول انتهى. (٢) كدخدا - و في غياث اللغات ص٤٠٨ كدخدا و كتخدا صاحب خانه ففيه لغتان بالدال بعد الكاف و بالتاء مكان الدال كد بمعنى خانه و خدا بمعنى صاحب و مالك و =>

لان ماوراء ذلك ليس من السكنى. قالوا هذا احسن و ارفق بالناس، و ينبغي ان ينتقل الى منزل آخر بلاتاخير حتى يبر

المعجمة(١) و في آخره ياء آخر الحروف بعد الف ساكنة، و كدخذائي باللغة الفارسي اسم لرئيس البيت الذي له عيال و خدم. و كذا يسمى - رئيس حارة - الذي له كلام في اهلها كدخذائي (لان ما وراء ذلك) اي لان ما وراء الكدخذائية (ليس من السكنى) يعني لايعد من السكنى (قالوا) اي قال المشايخ في شروح الجامع الصغير (هذا احسن و ارفق بالناس) و في شرح المجمع و استحسنه المشايخ، و عليه الفتوى، و كذا استحسنه صاحب المحيط. و عن مالك يعتبر نقل عياله دون متاعه (و ينبغي ان ينتقل الى منزل آخر بلاتاخير حتى يبر) اراد به اذا نقل على منزل آخر بلاتاخير لايحنث. قال العتابي في شرح الجامع الصغير، فان لم يكن انتقل من ساعته، فان كان ليلاً لم يحنث، لان قدر ما لايمكنه الامتناع عنه مستثنى عن اليمين. و في خلاصة الفتاوى لو تحقق العذر باللص وغيره فهو معذور. و نقل في الاجناس عن الهاروني انه اذا اخذ في الاهبة للخروج فشغله عن النقلة بطلب الدابة او من يحمل متاعه لايحنث و في فتاوى الولوالجي(٢) و لو خرج في طلب منزل من ساعته و خلف متاعه لم يحنث، لان الطلب من عمل النقل و لو اخذ في النقلة في نسأ فان كانت النقلات لم تفتر لم يحنث، لانه في النقل لانه يمكنه ان يستاجر من ينقل متاعه في يوم، فليس ذلك، و لايلزمه النقل باسرع الوجوه، بل يقدر ما يسمى ناقلاً في العرف. و في الشامل(٣) ان لم يمكنه النقل من ساعته بعذر الليل او بمنع ذي سلطان او عدم

=> في غياث اللغات ص١٨٤ خدا بالضم بمعنى مالك و صاحب چون لفظ خدا مطلق باشد و بر غير ذات باري تعالى اطلاق نه كنند مگر در صورتيكه بچيزے مضاف شود چون كدخدا و گفته اند كه خدا بمعنى خود آئنده است چه مركب است از كلمه خود و كلمه آ كه صيغه امر ست از آمدن انتهى و بين السطور من الهداية لمولانا عبدالحى رحمه الله تعالى كدخدائيته اي خانه داري و في فتح القدير كدخدائيته اي سكناه. (١) بالذال المعجمة كذا في البناية المطبوعة و المخطوطة لكن في الكتب الاخرى كغياث و الهداية و فتح القدير و الفتاوى الهندية و قاضي خان و غير ذلك بالدال المهملة. (٢) في فتاوى الولوالجي الخ راجع الفتاوى الهندية لنحو هذه الفروع الكثيرة ص٧٥ ج٢ و المبسوط للسرخسي ص١٦٣ ج٨. (٣) الشامل الخ كذا في العناية و في المبسوط للسرخسي ص١٦٣ ج٨ و لو كان في طلب مسكن آخر فبقى في ذالك يوما او اكثر لم يحنث في الصحيح من الجواب لانه لايمكنه طرح الامتعة في السكة فيصير ذالك القدر مستثنى لما عرف من مقصوده اذا لم يفرط في الطلب و كذالك ان بقى في نقل الامتعة اياما لكثرة امتعته و لبعد المسافة و لم يستاجر لذالك جمالا بل جعل ينقل بنفسه شيئاً فشيئاً لم يحنث و ان بقى في ذالك شهرا اذا لم يفرط لان نقل الامتعة ضد الاستقرار في ذالك المكان فاشتغاله به يمنعه من ان يكون ساكنا فيه فلايحنث انتهى.

فان انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لايبر دليله في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره، فمالم يتخذ وطناً آخر، يبقى وطنه الاول في حق الصلاة، كذا هذا

موضع آخر ينقل اليه لم يحنث، لان حالة الضرورة مستثناة، خلافا لزفر رحمه الله تعالى و كذا لو سد عليه الباب فلم يقدر على النقل او كان شريفاً او ضعيفاً لايقدر على نقل الامتعة بنفسه و لم يجد احداً ينقلها لم يحنث حتى يجد من ينقلها و يلحق الموجود بالمعدوم للعذر و نوقض بما ذكر الشيخ الامام ابوبكر محمد بن الفضل ان من قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد و منع من الخروج يحنث، و كذا لو قال لامرأته و هي في منزل و الدها ان لم تحضري الليلة منزلي فانت طالق منعها الوالد عن الحضور يحنث. و اجيب بان في مسألة الكتب شرط الحنث السكني، و انه فعل وجودي لايحصل بدون الاختيار و لايحصل الاختيار مع وجود الموانع المذكورة. و اما في صورة النقض فشرط الحنث عدم الخروج، و العدم لايحتاج الى الاختيار (فان انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لايبر) و في جامع قاضي خان اختلفوا فيه. قال بعضهم لايحنث لانه لم يبق ساكنا فيها. و قال بعضهم يحنث، لان سكناه لاينقضي الا بسكنى أخرى استدلالاً بمسالة الزيادات، اشار اليه المصنف بقوله (دليله في الزيادات) اي دليل ما قالوا في الزيادات و لفظ دليل مرفوع بالابتداء، و خبره قوله في الزيادات، و قوله (ان من خرج بعياله) بدل منه، اي بان خرج رجل (من مصره) و معه عياله (فما لم يتخذ وطناً آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلاة) يعني لايقصر قال تاج الشريعة صورته رجل بخاري متوطن بها، خرج منها بعياله الى سمرقند فلما وصل الى منبة مثلا رجع و اراد الذهاب الى خراسان، فدخل بخاري فانه يتم الصلاة، لانه ما انتقض منها في حق الصلاة، فكذا في غيرها انتهى. قلت هذا الذي ذكره صورة ما ذكر المصنف و اما الصورة المذكورة في الزيادات كوفي(١) انتقل باهله و متاعه الى مكة ليتوطن بها فلما وصلها بدا له ان يعود الى خراسان فعاد و مر بالكوفة يصلي بها ركعتين، لان وطنه بها انقطع، و ان بدا له قبل ان يدخلها فانه اذا مر بالكوفة صلى بها اربعاً، لانه لم يتخذ وطناً بقي وطنه بالكوفة (كذا هذا) يعني كذا حكم هذا الرجل الذي حلف لايسكن هذا الدار انه اذا انتقل الى السكة او الى المسجد لايبر في يمينه، لانه لما لم يتخذ وطناً آخر بقى وطنه الاول فافهم، فانه موضع دقيق.

---

(١) كوفي الخ كذا في الشروح الثلاثة.

باب اليمين في الخروج و الاتيان و الركوب و غير ذلك

قال و من حلف لايخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث، لان فعل المامور مضاف الى الآمر، فصار كما اذا ركب دابة فخرجت، و لو اخرجه مكرهاً لم يحنث، لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر

(باب اليمين في الخروج و الاتيان و الركوب و غير ذلك)

اي هذا باب في بيان حكم اليمين في الخروج، و هو انفصال من الداخل الى الخارج، و ذكر باب الخروج بعد باب الدخول تحقيقاً للمقابلة، و ذكر الاتيان و الركوب لانهما يتواردان بعد الخروج فناسب ذكرهما عند ذكره، و اراد بقوله - و غير ذلك - نحو قوله لاتخرج امراته الا باذنه. و قوله لرجل اجلس عندي و قوله لاتركب دابة فلان (قال) اي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من حلف لايخرج من المسجد) قيد المسجد اتفاقي، لان الحكم في البيت و الدار كذلك، او نسب عدم الخروج الى المسجد بناء على غالب حال المسلم، لانه في الغالب يكون ملازما له و لايخرج منه، كذالك قالوا. قلت المسألة في الجامع الصغير، كذا وقعت، و اوردها كما هي من غير تغيير لفظها (فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث، لان فعل المامور مضاف الى الآمر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت) به لان خروجه ينسب اليه و الدابة آلته (و لو اخرجه مكرهاً) اي و لو اخرج هذا الحالف انسان حال كونه مكرهاً (لم يحنث) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في الاصح و احمد رحمه الله تعالى في رواية (لان الفعل) اي الخروج (لم ينتقل اليه) اي الى الحالف (لعدم الامر) حاصله انه اخرج و لم يخرج فلم يوجد شرط الحنث. و قال مالك رحمه الله تعالى ان استصعب على الحامل لم يحنث، و ان رضي عليه يحنث، يعني اذا كان قادراً على الامتناع و سكت عنده يحنث، لان سكوته في هذه الحالة بمثابة الاذن و به قال بعض اصحاب الشافعي. و صورة المسالة في الاخراج فيما اذا حمله الانسان و اخرجه مكرهاً لانه لم يوجد منه فعل حينئذ، اما اذا هدده و خرج بنفسه خوفاً منه حنث لوجود الفعل منه، و به قال مالك رحمه الله تعالى و قال الاترازي اما اذا حمل فرضي به بقلبه و لم يأمره، فجوابه لم يذكر في الجامع الصغير. قال في شرح الطحاوي اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم يحنث كما اذا خرج طائعا لانه لما كان متمكنا من الامتناع فلم يمتنع صار كالآمر بالاخراج. و قال بعضهم لايحنث، لانه لم يوجد منه فعل ينسب اليه، و بهذا كان يقول الفقيه ابوجعفر، و هكذا روي عن ابي يوسف رحمه الله تعالى في الامالي، ثم في صورة الحمل مكرهاً لايحنث بالاتفاق، و لكن هل تنحل اليمين ام لا، فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم تنحل، و عليه السيد ابوشجاع، فقال سل شيخنا شمس

و لو حمله برضاه لا بأمره لايحنث في الصحيح، لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضاء. قال و لو حلف لايخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم أتى حاجة أخرى لم يحنث، لان الموجود خروج مستثنى و المضي بعد ذلك ليس بخروج. و لو حلف لايخرج الى مكة فخرج يريدها، ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة، و هو الشرط، اذ الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج. و لو حلف لايأتيها لم يحنث حتى يدخلها، لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فاتيا فرعون فقولا(١) و لو حلف لايذهب اليها قيل هو كالاتيان، و قيل كالخروج.

الائمة الحلواني عن هذا فقال تنحل اليمين(٢) و قال بعضهم لاتنحل و هو الصحيح، كذا قال التمرتاشي وغيره (و لو حمله برضاه لا بامره لايحنث في الصحيح) اي القول الصحيح احترازاً عن قول بعض المشايخ، و قد مر ذكره (لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضاء) اي لان انتقال الفعل اليه يكون بامره، و لايكون بمجرد رضاه، ففيه دليل ان من امر انساناً باتلاف ماله فاتلفه لم يضمن، و ان اتلفه بغير امره و صاحب المال ساكت لاينهاه ضمن، لان فعله لم ينتقل الى صاحب المال (قال) اي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و لو حلف لايخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اخرى لم يحنث، لان الموجود خروج مستثنى، و المضي بعد ذلك) اي بعد الخروج المستثنى (ليس بخروج) لان الخروج انفصال من الباطن الى الخارج و لم يوجد، و الاتيان الى حاجة ليس بخروج، لانه عبارة عن الوصول و الخروج عبارة عن الانفصال، و لا دوام للخروج بالاجماع (و لو حلف لايخرج الى مكة فخرج يريدها) اي يريد مكة (ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة، و هو الشرط اذ الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج) و الانفصال لايمتد (و لو حلف لاياتيها لم يحنث حتى يدخلها لانه) اي لان الاتيان (عبارة عن الوصول، قال الله تعالى فاتيا فرعون فقولا) لان القول لايكون الا بعد الوصول اليه (و لو حلف لايذهب اليها) اي الى مكة (قيل هو كالاتيان) اي حكمه حكم ما لو قال لاياتيها، و هو قول نصير بن يحيى (و قيل هو كالخروج) اي حكمه حكم ما لو قال لايخرج الى مكة، و هو قول محمد بن سلمة. حاصل هذا(٣) ان ههنا ثلاث مسائل، الخروج و الاتيان و الذهاب، ففي مسالة الخروج يحنث، و

---

(١) فقولا - الشعراء - ١٦. (٢) تنحل اليمين - و هو ارفق بالناس و يظهر اثر هذا الخلاف فيما لو دخل بعد هذا الاخراج هل يحنث فمن قال انحلت قال لايحنث و هذا بيان كونه ارفق بالناس و من قال لم تنحل قال حنث و وجبت الكفارة و هو الصحيح انتهى ما في فتح القدير باختصار ما. (٢) حاصل هذا الخ راجع الشروح الثلاثة.

و هو الاصح، لانه عبارة عن الزوال قال و ان حلف لياتين البصرة، فلم ياتها حتى مات حنث في آخر جزء من اجزاء حياته، لان البر قبل ذلك مرجو، و لو حلف لياتينه غداً ان استطاع، فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة و فسره في الجامع

في مسألة الاتيان لايحنث، و اما مسألة الذهاب فلم يذكر جوابها في الجامع الصغير، و اختلف فيه المشايخ كما ذكرناه (و هو الاصح) اي الاصح قول من قال ان الذهاب كالخروج، و هو قول محمد بن سلمة (لانه) اي لان الذهاب (عبارة عن الزوال) و قد استعمل الذهاب في الامرين جميعاً بمعنى الاتيان كما قال الله تعالى اذهبا الى فرعون و المراد به الاتيان و الاذهاب الازالة فيكون الذهاب زوالاً فلايشترط فيه الوصول. و في بعض النسخ بعد قوله و معنى الازالة كما في قوله تعالى ليذهب عنكم الرجس اهل البيت(١) اي ليزيل عبارة عن الزوال، و ليس هذا بموجود في كثير من النسخ (قال) اي القدوري في مختصره (و ان حلف لياتين البصرة فلم ياتها حتى مات حنث في آخر جزء من اجزاء حياته، لان البر قبل ذلك) اي قبل الموت (مرجو) الا ان الحالف مادام حيا يرجي وجود البر، و هو الاتيان فلايحنث، فان مات فقد تعذر شرط البر، و تحقق شرط الحنث، و هو ترك الاتيان فيحنث في آخر جزء من اجزاء حياته، لان هذا اليمين مطلقة عن الوقت. بخلاف اليمين المؤقتة، مثل ان يقول ان لم ادخل هذه الدار اليوم فعبدي حر، فان اليمين تتعلق بآخر الوقت فلو مات قبل مضي الوقت و لم يدخل الدار لم يحنث اما اذا فات الوقت قبل دخوله و هو حي يحنث و يعتق العبد (و لو حلف لياتينه غداً ان استطاع) اي لو حلف رجل لياتين زيداً في غد ان استطاع ذلك (فهذا على استطاعة الصحة) اي صحة(٢) الاسباب و الآلات، لان الاستطاعة تطلق على معنيين، احدهما هذا، قال الله تعالى و لله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا(٣) و فسره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزاد و الراحلة، و الثاني القدرة الحقيقية و هو معنى قوله (دون القدرة) اي لايحمل على القدرة الحقيقية التي يترتب عليها الفعل عند ارادة جازمة يخلق الله تعالى عند الفعل لا قبله عندنا خلافاً للمعتزلة فعندهم سابقة على الفعل و به قال الكرامية، و تسمى هذه استطاعة القضاء على ما يجيء، و قال الاترازي و قول القدوري فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة، و قد اراد بالاول استطاعة الحال، و بالثاني استطاعة الفعل لنا فيه نظر، لان المفهوم من قوله - دون القدرة - دون استطاعة القدرة، فكانه قال دون قدرة القدرة لان الاستطاعة و القدرة من الالفاظ المترادفة، و هي عبارة ركيكة. فلو قال دون الفعل مكان دون القدرة كان اولى، فلعله سهو من الكاتب و تصحيف (و فسره في الجامع

---

(١) اهل البيت الاحزاب ٣٣. (٢) صحة الاسباب الخ كذا في الشروح الثلاثة. (٣) سبيلا-آل عمران-١٩٦.

الصغير. و قال اذا لم يمرض و لم يمنعه السلطان و لم يجيء أمر لايقدر على اتيانه فلم يات حنث، و ان عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه و بين الله تعالى، و هذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل، و يطلق الاسم على سلامة الآلات و صحة الاسباب في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه و يصح(١) نية الاول ديانة، لانه نوى حقيقة كلامه،

الصغير) اي محمد رحمه الله تعالى فسر حكم هذه المسالة في الجامع الصغير (و قال اذا لم يمرض و لم يمنعه السلطان و لم يجيء امر لايقدر) معه (على اتيانه، فلم يات حنث) و اذا امتنع من الاتيان لعذر مرض او منع سلطان و نحو ذلك لايحنث لانه ليس بمستطيع و اذا امتنع بلاعذر يحنث، لانه مستطيع (و ان عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه و بين الله تعالى) اي استطاعة القضاء و القدر التي تقارن الفعل عند اهل السنة، و سمي(٢) استطاعة القضاء لان الفعل يوجد بايجاد الله تعالى و قضائه و قدرته، فاذا قضى بوجود الفعل اوجد قدرة العبد مع ذلك الفعل و لو لم يوجد ذلك الفعل لم يوجد القدرة، لانها خلقت لاجل ذلك الفعل الذي قضى عليه بالوجود فسميت استطاعة القضاء، فلايحنث ديانة ابداً، لانه في اي حال لم يفعل فهو غير مستطيع حقيقة، لانها لاتسبق الفعل ذكره البزدوي في مبسوطه و جامعه (و هذا) اشار به الى توضيح ما قبله (لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل) يعني لاتسبق الفعل و هي عرض يخلقه الله تعالى مع الفعل معا، و هي علة للفعل عندنا و زعمت المعتزلة انها سابقة على الفعل و موضع هذا علم الكلام (و يطلق الاسم) اسم الاستطاعة (على سلامة الآلات و صحة الاسباب في المتعارف) لان الغالب في كلام الناس هذه الاستطاعة لا استطاعة الفعل فيحمل المطلق على المتعارف، و هو معنى قوله (فعند الاطلاق ينصرف اليه) اي الى المتعارف (و يصح نية الاول) و هو استطاعة الفعل (ديانة) يعني من حيث الديانة، يعني فيما بينه و بين الله تعالى (لانه نوى حقيقة كلامه) لانها مما يطلق عليه اسم الاستطاعة بالنصوص(٣) حتى لو امتنع عن الاتيان بعذر او بغير عذر لايحنث في يمينه، لان الاستطاعة لم توجد لانها لاتسبق الفعل، و لكن هل يصدق

---

(١) و يصح – ن – و تصح. (٢) و سمى الخ كذا في الكفاية ص٣٩١ ج٤ و لفظه ان تلك القدرة لاتسبق الفعل و انما يعرف وجودها بوجود الفعل فمتى لم يكن لم تكن له استطاعة و انما سميت استطاعة القضاء لان ذالك الفعل يوجد بايجاد الله و قضائه فانه تعالى فاذا قضى وجود ذلك الفعل اوجد قدرة العبد مع ذالك الفعل و لو لم توجد تلك القدرة لم يوجد ذالك الفعل فكانت تلك القدرة اي الاستطاعة استطاعة القضاء انتهى. (٣) بالنصوص قال الله تعالى و لن تستطيعوا ان تعتدلوا الآية النساء ١٢٩ فما اسطاعوا ان يظهروه و ما استطاعوا له نقبا. الكهف ٩٧ كذا في الكفاية ص٣٩١ ج٤.

ثم قيل يصح(١) قضاء ايضاً لما بينا، و قيل لا يصح(٢) لانه خلاف الظاهر. قال و من حلف لاتخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة، فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث، و لا بد من الاذن في كل خروج لان المستثنى خروج مقرون بالاذن، و ما وراءه داخل في الحظر العام. و لو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء، لانه محتمل كلامه، لكنه خلاف الظاهر. و لو قال الا ان آذن لك فاذن لها مرة واحدة فخرجت ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث، لان هذه كلمة غاية فينتهي(٣) اليمين به كما اذا قال حتى آذن لك، و لو ارادت المراة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست

قضاء فيه اختلاف الرواية اشار اليه بقوله (ثم قيل) اي يصح نية الاستطاعة قضاء. قال الشيخ ابونصر قال الطحاوي يصدق (قضاء ايضا لما بينا) اراد قوله لانه نوى حقيقة كلامه (و قيل لايصح) و هو قول ابي بكر الرازي (لانه خلاف الظاهر) و فيه تخفيف له (قال) اي القدوري (و من حلف لاتخرج امرأته الا باذنه، فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث، و لابد من الاذن في كل خروج، لان المستثنى خروج مقرون بالاذن) لان تقديره و الله لاتخرجين الا خروجا ملصقاً باذني، لان الباء للالصاق فيقتضي ملصقاً و ملصقا به (و ما وراءه) اي و ما وراء المستثنى (داخل في الحظر العام) لان اليمين باقية، لانه نهاها عن الخروج عاما بوقوع النكرة في موضع النفي. (و لو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه، لكنه خلاف الظاهر) لكونه مخالفاً لمقتضى الباء (و لو قال الا ان آذن لك فاذن لها مرة واحدة فخرجت ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث) لوقوع الكفاية باذن واحد، و اعترض عليه بقوله تعالى لاتدخلوا بيوت النبي الا ان يوذن لكم(٤) و كان تكرار الاذن لازماً و اجيب بان ذلك بدليل خارجي، و هو قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي (لان هذه) اي قوله الا ان آذن لك (كلمة غاية) يعني تفيد معنى الغاية، لان الا ان ليس بموضوع لها، بل للاستثناء و تعذر حمله عليه، لان صدر الكلام ليس من جنس الاذن، حتى يستثنى الاذن منه، فجعل مجازاً عن حتى لمناسبة بينهما، و هو ان حكم ما قبل الغاية يخالف ما بعدها كما ان حكم ما قبل الاستثناء يخالف حكم ما بعده (فينتهي اليمين به) اي باذنه (كما اذا قال حتى آذن لك) حيث ترتفع اليمين بالاذن، لانه يصير غاية فترتفع به اليمين (و لو ارادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست)

---

(١) يصح - ن - تصح. (٢) لايصح - ن - لاتصح. (٣) فينتهى - ن - فتنتهى. (٤) الا ان يؤذن لكم - الاحزاب - ٥٣.

ثم خرجت لم يحنث، و كذلك ان(١) اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه، و هذه تسمى يمين فور. و تفرد ابوحنيفة رحمه الله تعالى باظهاره و وجهه ان مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة و الخرجة عرفاً و مبنى الايمان عليه. و لو قال له رجل اجلس فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر فخرج فرجع الى منزله و تغدى لم يحنث

ساعة (ثم خرجت لم يحنث، و كذلك اذا اراد رجل ضرب عبده، فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر، فتركه ثم ضربه) لم يعتق، و كذلك الرجل يقول لآخر اجلس فتغد فيقول ان تغديت فعبدي حر، ثم أتى اهله فتغدى عندهم لم يحنث، انما اليمين في ذلك على الفور (و هذه تسمى يمين فور) اي يمين الحال، و هي كل يمين خرجت جواباً لكلام او بناء على أمر فيتقيد بذلك، بدلالة الحال، و لايحنث في يمينه استحساناً خلافا لزفر رحمه الله تعالى و الفور(٢) مصدر فارت القدر اذا غلت فاستعير للسرعة، ثم سميت الحالة التي لاريث فيها و لا لبث فقيل جاء فلان و خرج من فوره، اي من ساعته و في الفوائد الظهيرية سميت بهذا الاسم باعتبار فوران الغضب (و تفرد ابوحنيفة رحمه الله تعالى باظهاره) اي لم يسبقه احد فيه، و كانوا يقولون اليمين على نوعين مطلقة و مقيدة بوقت، فاستنبط ابوحنيفة رحمه الله تعالى(٣) قسماً ثالثا و هي مطلقة لفظا و موقتة معنى، و انما اخذها من حديث جابر(٤) بن عبدالله رضي الله عنهما و ابيه دعيا الى نصرة انسان فحلفا ان لاينصراه ثم نصراه بعد ذلك و لم يحنثا و اعتبر في ذلك العرف و مبنى الايمان على العرف (و وجهه) اي و وجه هذا الكلام (ان مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة) في قوله اذا اراد رجل ضرب عبده (و الخرجة) في قوله اذا خرجت فانت طالق (عرفا) يعني من حيث العرف (و مبنى الايمان عليه) اي على العرف و حاصل الكلام ان قصد الزوج في مسالة الخروج منعها من الخروج الذي تهيأت له فصار كأنه قال ان خرجت هذه الخرجة فتقيدت اليمين بتلك الخرجة، و كذلك قصده ان يمنع مولى العبد عن الضرب الذي تهيأ له، فكانه قال ان ضربت هذه الضربة التي تهيأت لها فتقيدت اليمين بتلك الضربة بدلالة الحالة عرفا (و لو قال له رجل اجلس فتغد عندي، فقال ان تغديت فعبدي حر فرجع الى منزله) و في بعض النسخ فخرج الى منزله (و تغدى لم يحنث) اي

---

(١) ان - ن - اذا. (٢) و الفور الخ كذا في العناية و الكفاية. (٣) فاستنبط ابوحنيفة رحمه الله تعالى قسما ثالثا الخ قال في المحيط لم يسبقه احد في تسميتها و لا في حكمها و لا خالفه احد فيه بعد ذالك فان الناس كلهم عيال ابي حنيفة في هذا الخ بل الناس عيال ابي حنيفة في الفقه كله - انتهى ما في البحر ص٣٤٢ ج٤.
(٤) حديث جابر رضي الله تعالى عنه الخ و كذا في العناية و الكفاية و لكني لم اجد ماخذه - ف.

لان كلامه خرج مخرج الجواب، فينطبق على السؤال، فينصرف الى الغداء المدعو اليه، بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم، لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا، و من حلف لايركب دابة فلان فركب دابة عبد ماذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى

في الاستحسان، و القياس ان يحنث، و هو قول زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى لانه عقد يمينه على مطلق الغد فيتناول كل غد، كما لو قال ابتداء و الله لا اتغدى، و وجه الاستحسان و هو قوله (لان كلامه خرج مخرج الجواب) لكلامه (فينطبق على السوال، فينصرف الى الغداء المدعو اليه) فصار كانه قال ان تغديت الذي دعوتني اليه فانصرف يمينه الى ذلك الغد بدلالة الحال (بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب) فلاينصرف كلامه الى الغداء المدعو اليه فلايتقيد يمينه بذلك، فلايجعل في كلامه بانياً على سوال الرجل (فيجعل مبتدئا) في الكلام محترزا عن الغاء الزيادة التي تكلم فيها فان قيل(١) ليس كذلك بان الله تعالى قال و ما تلك بيمينك يا موسى قال هي عصاي اتوكأ عليها و أهش بها على غنمي(٢) الآية فقد زاد على قدر الجوب و مع ذلك جعل مجيباً لامبتدأ. قلنا كلمة ما يستعمل للسؤال عن الذات و السؤال عن الصفات، و لما استعمل في حيز السؤال اشتبه على موسى عليه الصلوة و السلام ان السؤال وقع عن الذات او الصفة فجمع بينهما ليكون مجيباً على كل حال (و من حلف لايركب دابة فلان فركب دابة عبد ماذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) يعني اذا لم ينو، و لابد من تقدير هذا لاجل الاستثناء الذي ياتي و الدابة ما يدب على الارض لغة، و لكن المراد(٣) من دابة فلان فرسه و حماره و بغله حتى لو ركب بعيره او بغلته لم يحنث، و القياس ان يحنث، لان اسم الدابة يتناولها حقيقة. و في الاستحسان لا يحنث لعلمنا انه لم يرد الحلف كل ما يدب على الارض، و قد عقد يمينه على فعل الركوب، فيتناول ما يركب من الدواب في الغالب، و الحلف في البغال و الحمير مؤيد قوله تعالي و الخيل و البغال و الحمير لتركبوها(٤) فمن بالركوب فيها و في الانعام بالاكل بقوله و الانعام خلقها لكم(٥) الآية و الفيل(٦) و ان كان يركب في بعض الاوقات فذلك لايدل على ان اليمين يتناوله لان البقر و الجاموس يركب ايضا في بعض المواضع ثم لايفهم احد من قول القائل يركب فلان دابة البقرة الا ان ينوي جميع ذلك فيقع عليه لانه نوى حقيقة كلامه و فيه تشديد عليه، و لو نوى الخيل وحدها

---

(١) فان قيل الخ كذا في العناية. (٢) على غنمي الآية طه - ١٨ - (٣) و لكن المراد الخ كذا في الشروح الثلاثة. (٤) لتركبوها - النحل - ٨. (٥) لكم الآية - النحل - ٥. (٦) و الفيل الخ كذا في الكفاية.

الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث، و ان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده، و ان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين لايحنث ما لم ينوه، لان الملك فيه للمولى، لكنه يضاف الى العبد عرفاً و كذا شرعاً. قال عليه الصلوة و السلام من باع عبداً و له مال فهو للبائع.... الحديث فتختل الاضافة الى المولى

لايصدق لاقضاء و لا ديانة، لان في لفظه لفظ الركوب لا المركب و نية التخصيص تصح في الملفوظ لا فيما لا لفظ له (الا انه) استثناء(١) من مقدر غير ملفوظ، و هو الذي قدرناه بعد قوله لم يحنث، يعني اذا لم ينو يعني لايحنث بركوب دابة العبد الماذون، سواء كان عليه دين او لم يكن اذا لم ينو و ان نوى و ركب دابة العبد فيحنث الا انه (اذا كان عليه دين مستغرق) بكسر الراء (لايحنث و ان نوى) واصل بما قبله، اي و ان نوى ركوب العبد (لانه لا ملك للمولى فيه) اي في العبد الذي استغرق دين كسبه (عنده) اي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى (و ان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين لايحنث ما لم ينوه) فاذا نواه حنث (لان الملك فيه للمولى، لكنه يضاف الى العبد عرفاً) اي من حيث العرف حيث يقال دابة عبد فلان (و كذا) اي و كذا يضاف الى العبد (شرعاً) اي من حيث الشرع، و استدل عليه بقوله (قال عليه الصلوة و السلام) اي قال النبي صلى الله عليه وسلم (من باع عبداً و له مال فهو للبائع الحديث) قال الاترازي كذا ذكر فخر الاسلام في الجامع الصغير. و قال الكاكي و تمامه فماله لمولاه. و في بعض الروايات فهو لبائعه. قلت هذا الحديث اخرجه الائمة الستة(٢) كلهم عن الزهري عن سالم عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من باع عبداً و له مال فماله للبائع الا ان يشترط المبتاع و من باع نخلا فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع (فتختل الاضافة الى المولى) لانه يضاف الى المولي و يضاف الى العبد ايضا فلايدخل تحت مطلق الاضافة

---

(١) استثناء راجع الكفاية ص٣٩٣ ج٤. (٢) اخرجه الائمة الستة كلهم عن ابن عمر رضي الله عنه عنه صلى الله عليه وسلم فتح القدير ص٣٩٤ ج٤ البخاري كتاب المساقاة باب الرجل يكون له ممر او شرب في حائط او في نخل ص٣٢٠ ج١ و مسلم كتاب البيوع باب من باع نخلا عليها تمر ص١٠ ج٢ و ابوداود كتاب البيوع باب في العبد يباع و له مال ص١٣١ ج٢ و الترمذي كتاب البيوع باب ما جاء في ابتياع النخل بعد التابير الخ ص١٤٩ ج١ و النسائي البيوع باب العبد يباع و يستثنى المشتري ماله ص٢٢٧ ج٢ و ابن ماجة التجارات باب ما جاء في من باع نخلا قد ابرت الخ ص١٦١ و المؤطا مالك البيوع مال المملوك اذا بيع ص٥٧٠ و مسند احمد ص٩ و ٧٨ و ٨٢ و ص٢٠١ و ص٢١٠ ج٣ و ص٢٢٦ ج٥ و الدارمي و نصب الراية ص٣٠٤ ج٣ باب اليمين في الخروج و الاتيان و الركوب.

فلابد من النية. و قال ابويوسف رحمه الله تعالى في الوجوه كلها يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة. و قال محمد رحمه الله تعالى يحنث و ان لم ينو لاعتبار حقيقة الملك، اذ الدين لايمنع وقوعه للسيد-عندهما.

باب اليمين في الاكل و الشرب

الا بالنية (فلابد من النية و قال ابويوسف رحمه الله تعالى في الوجوه كلها) اي فيما اذا لم يكن عليه دين او كان عليه دين مستغرق او غير مستغرق (يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة) اي اضافة الدابة تارة الى المولى و تارة الى العبد كما ذكرنا (و قال محمد رحمه الله تعالى يحنث) اي في الوجوه كلها سواء كان عليه دين او لا و سواء كان الدين مستغرقا او لم يكن، و سواء نوى او لم ينو، لان دابته مملوك له، فوجب ان يحنث، لان العبد و ما في يده لمولاه (و ان لم ينو) واصل بما قبله (لاعتبار حقيقة الملك) يعني للمولى (اذ الدين لايمنع وقوعه) اي وقوع الملك (للسيد عندهما) اي عند ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و بقول محمد قال مالك و الشافعي و احمد رحمهم الله تعالى و لو ركب دابة مكاتبه لايحنث في قولهم جميعاً.

(باب اليمين في الاكل و الشرب)

اي هذا باب في بيان حكم ما اذا حلف لاياكل او لايشرب لما ذكر اول حاجة الانسان، و هو المسكن ذكر بعده ما يحتاج اليه في البقاء و هو الاكل و الشرب، و الاصل(١) ان الاكل ايصال شيء الى جوفه بفيه مما يتأتى فيه المضغ و الهشم مهشوماً او غير مهشوم ممضوغاً او غير ممضوغ، و الشرب ايصال شيء الى جوفه بفيه مما لايتأتى فيه الهشم و المضغ في حال ايصاله و الذوق عبارة عن معرفة طعم الشيء بفيه من غير ادخال عينه في حلقه و اعلم ان الحقيقة قد تترك بدلالة حالة المتكلم كما في يمين الفور، و بدلالة محل الكلام، و بدلالة اللفظ في نفسه، و بدلالة العادة، و ذكر الزندويستي(٢) الاكل عبارة عن عمل الشفاه و الحلق و الذوق عبارة عن عمل الشفاه دون الحلق. و الابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاه. و المص عبارة عن عمل اللهاة خاصة، فعلى هذا لو حلف لاياكل شيئا فابتلع ما فيه لايحنث لكن ذكر في فتاوى ابي الليث مسألة تدل على الحنث، و لو حلف لاياكل عنباً او رماناً فجعل يمضغ و يرمي ثفله و يبلع مائه لم يحنث، لان هذا

---

(١) و الاصل ان الاكل الخ راجع لهذا المبحث الشروح الثلاثة من فتح القدير و العناية و الكفاية و البحر باب اليمين في الاكل و الشرب الخ ص٣٤٤ ج٤ و المبسوط للسرخسي ص١٧٥ ج٨ و بدائع الصنائع ص٥٦ ج٣. (٢) و ذكر الزندويستي الخ كذا في الفتح.

قال و من حلف لاياكل من هذه النخلة فهو على ثمرها، لانه اضاف اليمين الي ما لايؤكل فينصرف الى ما يخرج منه، و هو الثمر، لانه سبب له فيصلح مجازاً عنه، لكن الشرط ان لايتغير بصنعة جديدة حتى لايحنث بالنبيذ والخل و الدبس المطبوخ و ان حلف لاياكل من هذا البسر فصار رطباً فاكله لم يحنث

يسمى مصاً لا اكلاً و لا شرباً و الحاصل(١) ان الذي يصل الى جوف الانسان اربعة اوجه ماكول و مشروب و ممضوغ و ملعوق، فذكرت الثلاثة الاول و بقي اللعوق و هو ما يتناوله باللحس بالاصبع و الشفاه، و لو حلف لاياكل هذا اللبن فشربه لم يحنث و انما يحنث اذا ثرد فيه. و لو حلف لايشربه فثرد فيه فاكله لايحنث، قالوا هذا اذا كانت اليمين بالعربية، اما اذا كانت بالفارسية فاكل او شرب يحنث، و عليه الفتوى، كذا في الوجيز و فتاوى قاضي خان(٢) (قال) اي القدوري (و من حلف لاياكل من هذه النخلة فهو على ثمرها) اي اليمين على ثمرها بالثاء المثلثة، حتى لو كانت لا ثمرة لها يقع علي ثمنها، ذكره في الفوائد الحميدية و في فتاوى الولوالجي اذا اكل عين النخلة لايحنث و ان نوى (لانه اضاف اليمين الى ما لايؤكل فينصرف الى ما يخرج منه و هو الثمر، لانه سبب له) الضمير في منه و في لانه يرجع الى ما في قوله الى ما يؤكل و هو عبارة عن النخلة، لان النخلة لما كانت سبباً لما يخرج منها (فيصلح مجازاً عنه) الضمير في عنه يرجع الى ما فيما يخرج، و كونه مجازاً بطريق اطلاق اسم السبب على المسبب (لكن الشرط ان لايتغير) اي ثمر النخلة، (بصنعة جديدة حتى لايحنث بالنبيذ) اي بالنبيذ الذي يعمل من ثمرها (و الخل) اي و كذا لايحنث بالخل الذي يفعل منه (و الدبس المطبوخ) اي و كذا لايحنث بالدبس المطبوخ منه، لان ما صنع من ذلك الثمر من الاشياء المذكورة ليس بثمر، كما اذا حلف لاياكل من هذا العنب فاكل من زبيبه او عصيره لايحنث، و انما قيد الدبس بالمطبوخ احترازاً عما اذا اطلق الدبس على ما يسيل من الرطب وغيره، ذكر في الذخيرة، و في المجمل الدبس عصارة الرطب (و ان حلف لاياكل من هذا البسر) فهو على ما يخرج منه، و هو حصرمه و عنبه و زبيبه و دبسه اي عصيره. و لو اكل من خل من ذلك لم يذكره محمد في الجامع الكبير. و قال البستاني في شرح الجامع الكبير ينبغي ان لايحنث لانه لايخرج من النخل و الكرم كذلك، و ذكر الفقيه ابوالليث انه يحنث و ان حلف لاياكل من هذا البسر قال الجوهري(٣) البسر اوله طلع ثم خلال ثم بلح ثم بسر ثم رطب ثم تمر، والواحدة بسرة (فصار رطباً فاكله لم يحنث) لان اليمين اذا

---

(١) و الحاصل الخ كذا في العناية. (٢) قاضي خان و كذا في الشروح الثلاثة. (٣) الجوهري في الصحاح ص٥٨٩ ج٢.

و كذا اذا حلف لاياكل من هذا الرطب او من هذا اللبن فصار تمراً او صار اللبن شيرازاً لم يحنث، لان صفة البسورة و الرطوبة داعية الى اليمين، و كذا كونه لبناً فيتقيد به، و لان اللبن ماكول فلاينصرف اليمين الى ما يتخذ منه، بخلاف ما اذا حلف لايتكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ، لان هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه،

تعلقت باسم تبقى ببقاء ذلك الاسم، و تزول بزواله على ما يأتي (و كذا) اي و كذا لم يحنث (اذا حلف لاياكل من هذا الرطب او من هذا اللبن فصار) الرطب (تمراً او صار اللبن شيرازاً لم يحنث) قوله شيرازاً بكسر الشين المعجمة و سكون الياء آخر الحروف و بالراء بعدها الالف في آخره راء، و هو اللبن الرائب، اي الخاثر اذا استخرج ماءه، قاله الاترازي. و قال الكاكي مثله، الا انه قال بعده حتى صار الصغير أط كالفالوذج الخاثر، و لم يذكره الجوهري و يفهم من كلام صاحب المغرب انه فارسي و ليس بعربي، و هذا التفسير الذي ذكر يقال له في لغة البلوين - قيرس - و هو الجبن، يجعل في خرقة و يعقد رأسها و يعلق عليه وتد و يتقاطر منه الماء الذي فيه جميعه و يصير كالفالوذج (لان صفة البسورة و الرطوبة) و هي كونها بسراً و الرطوبة و هي كونها رطباً (داعية الى اليمين) فلاينصرف الى ما يتخذ منه، و القاعدة في(١) هذا ان اليمين اذا انعقدت على يمين موصوف بوصف يدعو ذلك الوصف الى اليمين فيتقيد اليمين ببقاء ذالك الوصف فيتنزل منزلة الاسم، فلذلك لايحنث في الصورة المذكورة (و كذا كونه لبناً) داع الى اليمين (فيتقيد به) أي باللبن حتى لايحنث باكل شيرازه و قال الشافعي رحمه الله تعالى يحنث و توقف فيه بعض اصحابه (و لان اللبن ماكول فلاينصرف اليمين الى ما يتخذ منه) اي من اللبن مثل زبدة و شيرازة، لان ما عقد عليه اليمين منه يوكل فلم ينصرف الى ما يتخذ منه، اي من اللبن (بخلاف ما اذا حلف) جواب عما يقال فعلى ما ذكرتم اذا حلف (لايتكلم هذا الصبي او هذا الشاب، فكلمه بعد ما شاخ) ينبغي ان لايحنث، لان الصبا مظنة السفه و الشباب شعبة من الجنون فكانا وصفين داعيين الى اليمين، و قد زالا عند الشيخوخة، فكان الواجب ان لايحنث. فاجاب بقوله بخلاف ما اذا حلف اي الحالف لايتكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه اي فكلم الصبي او الشاب بعد ما صار شيخاً حنث (لان هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه) قال النبي صلى الله عليه وسلم من لم يرحم(٢) صغيرنا و لم يوقر كبيرنا فليس منا، و ترك الرحم للصغير و ترك

---

(١) و القاعدة في الخ كذا في العناية. (٢) من لم يرحم الحديث اخرجه الترمذي ابواب البر باب ما جاء في رحمة الصبيان ص١٤ ج٢ عن انس و عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده و عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهم و ابوداود كتاب الادب باب في الرحمة ص٣٢٨ ج٢ عن عبدالله بن عمرو رضي الله تعالى عنه و الامام =>

فلا(١) يعتبر الداعي داعيا في الشرع. و لو حلف لاياكل لحم هذا الحمل فاكل بعد ما صار كبشاً حنث، لان صفة الصغر في هذا ليست بداعية الى اليمين، فان الممتنع عنه اكثر امتناعاً عن لحم الكبش. قال و من حلف لاياكل بسراً فاكل رطباً لم يحنث، لانه ليس ببسر. و من حلف لاياكل رطباً او بسراً او حلف لاياكل رطباً و لا بسراً فاكل مذنباً حنث عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى. و قالا

التوقير للكبير من اعظم الهجران (فلا يعتبر الداعي) يعني الى هذا اليمين (داعياً في الشرع) لان المهجور شرعاً كالمهجور عادة، فانعقدت اليمين على الذات و هي موجودة حالة الشيخوخة، فيحنث في يمينه. و اعترض(٢) على دليل الكتاب بان سلمنا ان هجران المسلم حرام، لكن الحرام يقع محلوفاً عليه، كما لو قال و الله ليشربن اليوم خمراً. و اجيب بان الكلام في ان الحقيقة يجوز ان يترك بهجران الشرع فيما اذا كان الكلام محتملا للمجاز حملا لامر المسلم على الصلاح. و اما ان اليمين ينعقد على الحرام المحض فلا كلام فيه (و لو حلف لاياكل لحم هذا الحمل) بفتح الحاء المهملة و الميم، و هو ولد الضان في السنة الاولى، و الجمع حملان (فاكل بعد ما صار كبشاً حنث، لان صفة الصغر في هذا ليسبت بداعية(٣) الى اليمين، فان الممتنع عنه) اي عن الحمل (أكثر امتناعاً عن لحم الكبش) فلم يتقيد اليمين بلحم الحمل (قال) اي القدوري (و من حلف لاياكل بسراً فاكل رطباً لم يحنث، لانه ليس ببسر. و من حلف لاياكل رطباً او بسراً او حلف لاياكل رطباً و لابسراً فأكل مذنباً) بكسر النون، و هو ما يبدأ الارطاب من قبل ذنبه و هو ما سفل من جانب القمع و العلاقة و تفسيره هو الذي عامته بسر و فيه شيء من الرطب من قبل ذنبه (حنث عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) ذكر المصنف(٤) ابا حنيفة رحمه الله تعالى وحده. و ذكر في الايضاح و المبسوط و الاسرار و شروح الجامعين قول محمد مع ابي حنيفة في انه يحنث. و في النهاية و الله اعلم بصحته. و في الكافي هكذا ذكر في الهداية، و النسخ المعتبرة تشهد بانه مع ابي حنيفة، و به قال الشافعي و احمد(٢) رحمهما الله تعالى (و قالا) اي ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى و به قال الاصطخري و ابوعلي من اصحاب الشافعي

=>احمد في مسنده ص٢٥٧ ج١ و ص١٨٥ و ص٢٠٧ و ص٢٢٢ ج٢ و ص٣٢٨ ج٥. (١) فلا - ن - فلم. (٢) و اعترض الخ كذا في العناية. (٣) ليست بداعية الخ لان الصغر داع الى الاكل لا الى عدمه فالممتنع عنه مع صلوحه اشد امتناعا عنه كبشا فتح القدير. (٤) ذكر المصنف الخ كذا في العناية و الفتح. (٥) و احمد راجع المغني ص٣١٤ ج١١ و تكملة شرح المهذب ص٥٦ و ص٧٠ ج١٨.

لايحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب و لا في البسر بالرطب المذنب، لان الرطب المذنب يسمى رطباً، و البسر المذنب يسمى بسراً، فصار كما اذا كان اليمين على الشراء و له ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر، و البسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر و الرطب، و كل واحد مقصود في الاكل بخلاف الشراء لانه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير. و لو حلف لايشتري رطباً فاشترى كباسة بسر

رحمهم الله تعالى (لايحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب و لا في البسر بالرطب المذنب) اي و لايحنث في قوله لاياكل بسراً فاكل رطباً مذنباً (لان الرطب المذنب يسمى رطباً، و البسر المذنب يسمى بسراً فصار كما اذا كان اليمين على الشراء) يعني لو حلف لايشتري رطباً فاشترى بسراً مذنباً لايحنث (و له) اي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر، و البسر المذنب على عكسه) و هو ما يكون في ذنبه قليل رطب (فيكون آكله) اي آكل كل واحد من الرطب المذنب و البسر المذنب (آكل البسر و الرطب) فيحنث في الصورتين، و ان كان احدهما غالباً و الآخر مغلوباً، الا ترى انه لو ميزه فاكله حنث بالاتفاق، و علل المصنف بقوله (و كل واحد مقصود في الاكل) لان الاكل فعل حسي و هو المضغ و الابتلاع، و كل جزء مقصود بالاكل، لانه انما ياكل شيئا فشيئا فيتحقق اكل البسر و الرطب من الحالف فيحنث (بخلاف الشراء) لان كل جزء غير مقصود بالشراء (لانه) اي لان اليمين (يصادف الجملة) يعني يضاف الى الجملة (فيتبع القليل فيه الكثير) لان المغلوب يكون تبعاً للغالب فان قلت يشكل اذا حلف لايشرب هذا اللبن فصب فيه ماء غلب اللبن لايحنث و ان شرب المحلوف عليه و زيادة. قلت ان اللبن بانصباب الماء فيه يتسع في جميع اجزاء الماء، فيصير مستهلكا و لهذا لايرى مكانه بخلاف ما نحن فيه، لانه يرى مكانه و كان قائما زمان التناول فان قلت بلى، و لكن الحنث لايكون الا بالمضغ و الابتلاع، و عند ذلك يصير مستهلكاً و صار هذا بمنزلة ما لو حلف لاياكل حنطة فاكل شعيراً فيه حبات حنطة ان اكل حبة حبة يحنث، و ان جمع بين الحبات من النوعين في الاكل لايحنث، لانها اذ ذاك تصير مستهلكة قلت معنى الاستهلاك فيما ذكرت من النظير اظهر و أبين لانه اذ ذالك لايجد من طعم الحنطة شيئا في حلقه، بخلاف ما اذا اكل بسراً مذنباً او رطباً مذنباً لانه يجد في حلقه شيئا من حموضة البسر و حلاوة الرطب (قال) اي محمد و ليس في كثير من النسخ لفظة قال (و لو حلف لايشترى رطباً فاشترى كباسة(١) بسر) بكسر الكاف و

---

(١) كباسة – و في لسان العرب (ص١٩١ ج٦ كبس) و الكباسة بالكسر – العذق (بكسر العين) التام بشماريخه و بسره و هو من التمر بمنزلة العنقود من العنب و جمعه كبائس (ص٢٣٨ ج١٠ و عذق) العذق =>

فيها رطب لايحنث، لان الشراء يصادف الجملة، و المغلوب تابع. و لو كانت اليمين على الاكل يحنث، لان الاكل يصادفه شيئاً فشيئاً، فكان كل منهما مقصوداً و صار كما اذا حلف لايشتري شعيراً او لاياكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير و اكلها يحنث في الاكل دون الشراء لما قلنا قال و لو حلف لاياكل لحماً فاكل لحم

هو العذق و القنو ايضا و يقال لعود العذق و هو عود الكباسة العرجون و الاهان، كذا ذكر ابوعبيد في غريب المصنف (فيها) اي في الكباسة (رطب لايحنث لان الشراء يصادف الجملة، و المغلوب تابع) للغالب، و هذه المسألة كالبيان للمسألة المتقدمة، و هو ظاهر. (و لو كانت اليمين على الاكل يحنث) بان حلف لاياكل رطباً فاكله من كباسة بسر فيها رطب يحنث (لان الاكل يصادفه) اي يصادف الرطب (شيئا فشيئاً فكان كل) واحد (منهما) اي من الرطب و البسر (مقصوداً، و صار) حكمه (كما اذا حلف لايشتري شعيراً او لا ياكله) اي لو حلف لاياكل شعيراً (فاشترى حنطة فيها حبات شعير و اكلها يحنث في الاكل دون الشراء) اي لايحنث في الشراء (لما قلنا) و هو ان الشراء يصادف الجملة، و الاكل يصادفه شيئا فشيئا. و لو عقد اليمين على المس يحنث في الوجوه كلها لان الحقيقة تركت في الشراء للعرف، و لا عرف للمس فتعتبر الحقيقة، بخلاف القطن و الكتان، بانه لو حلف لايمس قطنا او كتانا فمس ثوبا اتخذ من قطن او كتان لايحنث فيهما (قال) اي محمد في الجامع الصغير (و لو حلف لاياكل لحما فاكل لحم

=> بالفتح النخلة و بالكسر العرجون بما فيه من الشماريخ و يجمع على عذاق (على وزن كتاب و بعد سطور) العذق (بالكسر) القنو من النخل و العنقود من العنب و جمعه اعذاق (على وزن اصحاب) و عذوق (بضم العين و الذال) (ص٤٠٢ ج١٥ قنا) القنو و القنا (بكسر القاف مقصور) الكباسة و القنا بالفتح لغة فيه و الجمع من كل ذلك اقناء (بالفتح ثم السكون) و قنوان (بالكسر ثم السكون) و قنيان (بالكسر ثم السكون) قلبت الواو ياء لقرب الكسرة (ص٣٨ ج١٣ اهن) الاهان (بكسر الهمزة) عرجون الثمرة و الجمع آهنة (بالمد و كسر الهاء) و اهن (بضم الهمزة و الهاء) و قال الليث هو العرجون يعني ما فوق الشماريخ و في المنجد الشمراخ (بالكسر ثم بالسكون) جمعه شماريخ العذق عليه بسر او عنب. الشمروخ (بالضم ثم السكون) جمعه شماريخ العذق عليه بسر او عنب العرجون العذق الذي يعوج و يبقى على النخل يابسا بعد ان تقطع عنه الشماريخ و في التفسير روح المعاني ص٢٩ ج٢٣ كالعرجون هو عود عذق النخلة من بين الشمراخ الى منبته منها و روى ذالك عن الحسن و قتادة و عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما انه اصل العذق و قيل الشمراخ و هو ما عليه البسر من عيدان العذق و الكباسة و المشهور الاول و نونه على ما حكى عن الزجاج زائدة فوزنه فعلون من الانعراج و هو الاعوجاج و الانعطاف و ذهب قوم و اختاره الراغب و السمين و صاحب القاموس الى انها اصلية فوزنه فعلول انتهى.

السمك لايحنث، و القياس ان يحنث، لانه يسمى لحماً في القرآن وجه الاستحسان أن التسمية مجازية، لان اللحم منشأه من الدم، و لا دم فيه لسكونه في الماء، و ان اكل لحم خنزير او لحم انسان(١) يحنث، لانه لحم حقيقي، الا انه حرام، و اليمين قد يعقد(٢) للمنع من الحرام،

السمك(٣) لايحنث) و هو ظاهر مذهب الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى (و القياس ان يحنث) و هو قول مالك و احمد في رواية و بعض اصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى (لانه يسمى لحماً في القرآن) قال الله تعالى و من كل تاكلون لحما طرياً(٤) و المراد منه لحم السمك بالفعل. و قال في شرح الطحاوي و روى عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه قال يحنث (وجه الاستحسان ان التسمية) اي تسمية لحم السمك (مجازية) اي بطريق المجاز (لان اللحم منشأه من الدم) و لحم السمك لاينشأ من الدم، اذ الدموي لايسكن الماء و لهذا يباح بلا ذكاة و لو كان له دم لما ابيح و مطلق اسم اللحم يتناول الكامل لا الناقص فخرج عن مطلقه بدلالة اللفظ و مبنى الايمان على العرف لا على الفاظ القرآن، و لهذا لو حلف لايركب دابة فركب كافراً لايحنث بالاجماع، و ان سماه في القرآن دابة(٥) و العرف معناه(٦) لانه لايسمى بائعه لحاما و لايستعمل استعمال اللحوم في الباحات، الا ان ينوي فحينئذ يعتبر، لانه لحم من وجه فيه تشديد عليه و لو حلف لايجلس على الوتد فجلس على الجبل لايحنث، و ان كان قال الله تعالى و الجبال اوتاداً(٧) لان اللحم منشأه من الدم (و لا دم فيه لسكونه في الماء) لان بين الدم و الماء منافاة في طبعهما. فان قلت الدم موجود في السمك. قلت دم ضعيف، لان الدم اذا شمس اسود و دم السمك ليس كذلك (و ان اكل لحم خنزير او انسان) اي او لحم انسان (يحنث) و به قال مالك و احمد و الشافعي رحمهم الله تعالى في قول (لانه لحم حقيقي، الا انه حرام، و اليمين قد يعقد للمنع من الحرام) و الحرام لايمنع انعقاد اليمين، الا ترى انه لو حلف لايشرب شراباً فشرب الخمر يحنث. و اعترض بان الكفارة فيها معنى العبادة فلايناط وجوبها بما هو حرام محض و أكل لحم الخنزير و الانسان حرام محض، فكيف يتعلق وجوبها به و اجيب بان هذه مغالطة، لان الكفارة

---

(١) او لحم انسان – كذا في نسخ الهداية التي عندنا و لكن في نسخة الشارح العيني او انسان كما يتضح من الشرح البناية و راجع للمسئلة تكملة شرح المهذب ص٦٠ ج١٨. (٢) يعقد – ن – تعقد. (٣) لحم السمك راجع المغني ص٣٢٠ ج١ و تكملة شرح المهذب ص٦٠ ج١٨. (٤) طريا – فاطر – ١٢. (٥) دابة قال تعالى ان شر الدواب عند الله الذين كفروا – الانفال – ٥٥. (٦) و العرف معناه كذا في المبسوط للسرخسي ص١٧٦ ج٨. (٧) اوتادا – النبأ – ٧.

و كذا اذا اكل كبداً او كرشاً لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم و يستعمل استعمال اللحم و قيل في عرفنا لايحنث لانه لا يعد لحماً.

تجب بعد يمين نقضت بالحنث و قد وجدت، و كون الحنث بامر مباح او حرام لامدخل له في ذلك، هذا الذي ذكره الاكمل رحمه الله تعالى(١) و قال الاترازي فان قلت قد ثبت قبل هذا ان مبنى الأيمان على العرف و لايسبق أوهام الناس من لفظ اللحم انه لحم الخنزير و الانسان، فينبغي ان لايحنث. قلت ان الناظر لو ينظر الى لحم الخنزير أو الانسان سماه لحماً على الاطلاق، بخلاف لحم السمك، فانه لايسمى لحماً على الاطلاق، فظهر الفرق و قال الكاكي و لايقال(٢) الكفارة فيها معنى العبادة، فكيف يجب بالحرام المحض، لانا نقول الحل و الحرمة يراعى في السبب لا في الشرط، و سبب وجوب الكفارة اليمين لا الحنث، و انما لايجوز به التكفير قبل الحنث ليكون اليمين موصوفاً بالاباحة و الحظر. و اصل اليمين مباح، و الحنث حرام، كذا قيل. و قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه لايحنث، و به قال اشهب المالكي، لان اليمين يقع على العادة و هكذا(٣) قال الزاهد العتابي من اصحابنا، فلايحنث، و عليه الفتوى ذكره في الكافي و قال الاترازي قال الامام السغناقي في شرح الجامع الصغير في لحم الخنزير و الآدمي، قيل الحالف اذا كان مسلما ينبغي ان لايحنث لان اكله ليس بمتعارف، و مبنى الأيمان على العرف ثم قال و هو الصحيح (و كذا) اي و كذا يحنث (اذا اكل كبداً او كرشاً) فيما اذا حلف لاياكل لحما (لانه لحم حقيقة) اي لان كل واحد من الكبد و الكرش لحم حقيقة، و فيه نظر لايخفى (فان نموه) بضم النون و الميم و تشديد الواو المفتوحة، و هو مصدر نما ينمو نماء قال الجوهري(٤) نما المال وغيره ينمي نماء و ربما قالوا ينموا نمواً و انماه الله و قال الكسائي لم اسمعه بالواو و حكى ابوعبيدة من ينمو و ينمى (من الدم و يستعمل استعمال اللحم) و فيه نظر ايضا. (و قيل في عرفنا لايحنث، لانه لايعد لحماً) ينبغي ان يكون هذا صحيحاً قال في خلاصة(٥) الفتاوى و لو اكل شيئا من البطون كالكبد و الطحال يحنث، هذا في عرف اهل الكوفة و في عرفنا لايحنث، و كذا قال

---

(١) الاكمل في العناية ص٣٩٩ ج٤. (٢) و لايقال الخ و نحوه في الفتح. (٣) و هكذا قال الزاهد الخ كذا في الفتح ص٣٩٩ ج٤ و الكفاية. (٤) الجوهري في الصحاح نما ص٢٥١٥ ج٦ و في اللسان نمى ص٣٤١ ج١٥ النماء (بفتح النون) الزيادة نمى ينمى (ضرب) نميا (بفتح النون و سكون الميم) و نميا (بضم النون و كسر الميم و تشديد الياء) و نماء (بفتح النون) زاد و كثر و ربما قالوا ينمو (نصر) نموا (بضم النون و الميم و تشديد الواو) قال الكسائي و لم اسمع ينمو بالواو قال يعقوب ينمى و ينمو فسوى بينهما و انماه الله انماء و يقال نماه الله فيعدى بغير همزة (من المجرد) و نماه فيعديه بالتضعيف (من المزيد). (٥) خلاصة الفتاوى الخ كذا في الفتح.

قال و لو حلف لايأكل او لايشتري شحماً لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يحنث في شحم الظهر ايضا، و هو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه، و هو الذوب بالنار و له انه لحم حقيقة، الا ترى انه ينشأ من الدم و يستعمل استعماله

صاحب المحيط في عرفنا لايحنث، لانه لايعد لحما و لايستعمل استعمال اللحوم، قلت هذا ظاهر، فلايقال لبياع الكبود لحاما و لا لبياع الكروش لحاما و لايستعملان في الطباخ موضع اللحم. و في المحيط لو اكل اللحم النيء قيل يحنث، و به قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى و قيل لايحنث و به قال مالك رحمه الله تعالى و لو اكل الراس و الاكارع يحنث، و به قال الشافعي في الاصح و احمد في رواية، و باكل القلب يحنث عندنا، و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه، و لهذا قال عليه الصلوة و السلام ان في الجسد مضغة(١) و المضغة القطعة من اللحم. و قال الشافعي رحمه الله تعالى في الاصح لايحنث و باكل الشحم و الالية(٢) لايحنث الا اذا نوى في اليمين باللحم، و به قال الشافعي في الاصح و احمد و باكل شحم الظهر يحنث، و به قال الشافعي في الاصح و مالك في وجه لايحنث، و به قال احمد لانه يعرف باسم آخر، قال الله تعالى حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما(٣) (قال) اي محمد في الجامع الصغير (و لو حلف لاياكل او لايشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) حتى لو اكل كل شحم الظهر و هو الذي خالطه لحم لم يحنث عنده و هو الصحيح(٤) و قال الطحاوي رحمه الله تعالى قول محمد مثل قول ابي حنيفة و بقول ابي حنيفة قال الشافعي في الاصح و مالك رحمهم الله تعالى (و قالا) اي ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يحنث في شحم الظهر ايضاً و هو اللحم السمين) و به قال الشافعي في وجه و احمد في رواية (لوجود خاصية الشحم فيه، و هو الذوب بالنار) و يصلح لما يصلح له شحم البطن، فكان كشحم البطن، الا ترى انه تعالى استثنى شحم الظهر بقوله الا ما حملت ظهورهما و الاصل ان المستثنى ان يكون من جنس المستثنى منه (و له) اي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (انه) اي شحم الظهر (لحم حقيقة، الا ترى انه ينشا من الدم و يستعمل استعماله) اي استعمال اللحم(٥)

---

(١) ان في الجسد مضغة الحديث اخرجه البخاري كتاب الايمان باب فضل من استبرأ لدينه ص١٣ ج١ عن النعمان بن بشير رضي الله تعالى عنه مرفوعا و مسلم كتاب المساقات باب اخذ الحلال و ترك الشبهات ص٢٨ ج٢ و ابن ماجة و الدارمي. (٢) و الالية الخ راجع تكملة شرح المهذب ص٦١ ج١٨. (٣) ظهورهما - الانعام - ١٤٦.
(٤) و هو الصحيح الخ كذا في الفتح. (٥)استعمال اللحم في اتخاذ الوان الطعام و القلايا فيجعل قطعا و يلقى فيها ليؤكل اكل اللحم و لايفعل ذالك بالشحم - فتح القدير.

و يحصل(١) به قوته. و لهذا يحنث باكمله في اليمين على اكل اللحم و لايحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم و قيل هذا بالعربية فاما اسم - پيه - بالفارسية لايقع على شحم الظهر بحال و لو حلف لايشتري او لاياكل لحماً او شحماً فاشترى الية او اكلها لم يحنث، لانه نوع ثالث حتى لايستعمل استعمال اللحوم و الشحوم.

في اتخاذ ينلايا (و يحصل به قوته) اي و يحصل بشحم الظهر قوة اللحم و مرقه يسمى مرقة اللحم فلم يكن شحما مطلقاً، فلايحنث باكله (و لهذا يحنث باكله) اي باكل شحم الظهر (في اليمين على اكل اللحم و لا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم) قال تاج الشريعة متى عقد يمينه على الشراء ذكر شمس الائمة السرخسي انه لايحنث بشراء شحم الظهر بالاتفاق، و الخلاف فيما اذا لم ينو. و في الذخيرة و الصحيح قول ابي حنيفة و في الكافي فصارت الشحوم اربعة، شحم الظهر، و شحم مختلط بالعظم، و شحم على ظاهر الامعاء، و شحم البطن. و في شحم البطن يحنث بالاتفاق، و الثلاثة على الاختلاف. و لو كانت يمينه على الشراء لم يحنث بالاتفاق، و قيل هو على الخلاف ايضا و في جامع قاضي خان اختلف المشايخ في محل الخلاف قيل محل الخلاف في اللحم السمين على الظهر. و قيل في الشحم المتصل بالظهر من داخل، فان كان الخلاف في اللحم السمين فكلام ابي حنيفة اظهر، و ان كان الخلاف في اللحم المتصل بالظهر فكلامهما اظهر و قال الامام السرخسي لايحنث بشحم الظهر في قولهم جميعاً، اما الاستثناء(٢) فمنقطع بدليل استثناء الحوايا بقوله او الحوايا او ما اختلط بعظم و لو قيل المراد ما حملته الحوايا قلنا ذاك و هو خلاف الاصل، و الانقطاع في الاستثناء، و ان كان خلاف الاصل لكنه ثبت بالدليل و هو قوله او ما اختلط بعظم لان احداً لم يقل بان مخ العظم شحم، كذا في جامع السرخسي رحمه الله تعالى (و قيل هذا بالعربية) اي هذا الاختلاف اذا قاله بالعربية. و قال في المحيط هذا الاختلاف في عرفهم (فان اسم - پيه -) بكسر الباء الفارسية و سكون الياء آخر الحروف و الهاء (بالفارسية) اي باللغة الفارسية (لايقع على شحم الظهر بحال) يعني اصلا لعدم العرف و اذا حلف لاياكل ودكا ينبغي ان يقع على شحم الظهر و البطن و الالية جميعاً. و في بعض النسخ جعل هذا من المنفي و ليس بصحيح (و لو حلف لايشتري او لاياكل لحما او شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث لانه) اي لان الالية ذكر الضمير على تاويل المذكور (نوع ثالث حتى لايستعمل استعمال اللحوم و الشحوم) و به قال بعض اصحاب الشافعي رحمه الله تعالى و قال بعض اصحابه و هو شحم فيحنث بيمين الشحم لا اللحم، و به قال احمد رحمه الله

---

(١) يحصل - ن - تحصل. (٢) اما الاستثناء الخ كذا في الكفاية.

و من حلف لاياكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها. و لو اكل من خبزها لم يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا ان اكل من خبزها حنث ايضاً لانه مفهوم منه عرفاً و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان له حقيقة مستعملة فانها تغلى

تعالى و لو حلف لاياكل لحم شاة، فاكل لحم عنز يحنث. و ذكر ابوالليث انه لايحنث، سواء كان الحالف مصريا او قروياً، و عليه الفتوى. حلف لاياكل لحم بقرة فاكل لحم جاموس(١) لم يحنث (و من حلف لاياكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها) القضم الاكل باطراف الاسنان. و في الكافي(٢) و لا نية له فاكل من خبزها او سويقها لم يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و كذا من دقيقها حتى يقضمها، و به قال الشافعي(٣) و مالك رحمهما الله تعالى (و لو اكل من خبزها) اي من خبز هذه الحنطة التي حلف عليها (لم يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) اي ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى (ان اكل من خبزها حنث ايضا) و به قال احمد و مالك رحمهما الله تعالى في رواية (لانه مفهوم منه عرفاً) اي لان اكل الخبز مفهوم منه في العرف و باكل سويقها يحنث عند محمد، و لايحنث عند ابي يوسف و لو قضمها يحنث عند الكل الا عند احمد رحمه الله تعالى و انما وضع(٤) المسالة في الحنطة المعينة، لانه لو عقد يمينه على حنطة غير معينة ينبغي ان يكون جوابه كجوابهما، ذكره شخي الاسلام في أيمان الاصل. ثم هذا الخلاف فيما اذا لم يكن له نية، فاما اذا نوى فيمينه على ما نوى بالاتفاق، ذكره في المبسوط و الذخيرة (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان له) اي لقوله لاياكل من هذه الحنطة (حقيقة مستعملة) بين الناس، و اوضحها بقوله (فانها) اي فان الحنطة (تغلى) بالغين المعجمة على صيغة المجهول من الغليان، يقال غلت(٥) القدر تغلي غليا و غلياناً، و لايقال غليت و غلا

---

(١) لحم جاموس الخ و في فتح القدير ص. ٤٠ ج٤ و لو حلف لاياكل لحم بقر فاكل لحم الجاموس يحنث لا في عكسه لانه نوع لايتناول الاعم و في فتاوى قاضي خان ينبغي ان لايحنث في الفصلين لان الناس يفرقون بينهما انتهى و راجع البحر ص٣٤٨ ج٤ و لفظه و لو حلف لاياكل لحم بقرة لم يحنث باكل لحم الجاموس لانه و ان كان بقرا حتى يعد في نصاب البقر و لكن خرج من اليمين بتعارف الناس. (٢) و في الكافي و لانية له و كذا في الفتح. (٣) قال الشافعي كذا في الفتح. (٤) و انما وضع الخ كذا في العناية و الفتح لكن رده صاحب الفتح بقوله و لايخفى انه تحكم و الدليل المذكور المتفق على ايراده في جميع الكتب يعم المعينة و المنكرة و هو ان عينها ماكول. (٥) غلت القدر الخ و في اللسان غلت القدر تغلى (كرمى يرمى) غليا (بالفتح ثم السكون) و غليانا (بفتح الغين و اللام جاشت بقوة الحرارة) و لايقال غليت (بفتح الغين و كسر اللام و فتح الياء) و فيه الغلاء نقيض الرخص غلا السعر وغيره يغلو غلاء ممدود فهو غال و اصل الغلاء الارتفاع و مجاوزة القدر في كل =>

و تقلى و تؤكل قضما، و هي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الاصل عنده و لو قضمها حنث عندهما هو الصحيح، لعموم المجاز، كما اذا حلف لايضع قدمه في دار فلان، و اليه الاشارة بقوله في الخبز حنث ايضاً. قال و لو حلف لاياكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث، لان عينه غير ماكول فانصرف الى ما يتخذ منه، و لو استفه كما هو

في الامر يغلو غلواً، اي جاوز فيه الحد و غلا السعر (و تقلى و تؤكل قضماً) على صيغة المجهول ايضا بالقاف من القلي، يقال قليت(١) السويق و اللحم فهو مقلي، و قلوت فهو لغة، و الرجل قلاء بالتشديد و المد (و هي قاضية) اي الحقيقة المستعملة حاكمة (على المجاز المتعارف) بين الناس (على ما هو الاصل عنده) اي عند ابي حنيفة. و الاصل في المسألة ان الكلام اذا كان له حقيقة مستعملة و المجاز متعارف، فعند ابي حنيفة العمل بالحقيقة المستعملة اولى، و عندهما العمل بعموم المجاز اولى(٢) (و لو قضمها حنث عندهما، هو الصحيح) احترز(٣) به عن رواية اخرى عنهما، و هي انه اذا اكل عين الحنطة لايحنث، و الاصل انه يحنث عندهما في رواية الجامع و رجحها شمس الائمة في مبسوطه و قاضي خان في جامعه. و رجح في الذخيرة و الفوائد الظهيرية عدم الحنث. و في الذخيرة حلف لاياكل من هذه الحنطة فزرعها و اكل ما خرج منها لايحنث (لعموم المجاز) و قد مر ان العمل به اولى عندهما (كما اذا حلف لايضع قدمه في دار فلان) يحنث اذا دخلها حافياً او راكباً(٤) (و اليه الاشارة) اي و الى عموم المجاز الاشارة (بقوله في الخبز حنث ايضاً) لانه مفهوم منه عرفا (قال) اي القدوري رحمه الله تعالى (و لو حلف لاياكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث لان عينه) اي عين الدقيق (غير ماكول فانصرف الى ما يتخذ منه) و هو الخبز، و كذا اذا اكل عصيدته و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى و في شرح الاقطع قال الشافعي رحمه الله تعالى ان اكل من خبزه لم يحنث، و ان استفه حنث (ولو استفه كما هو) من سف(٥) الدواء يسفه سفا و استفه استفافا اذا قمحه قاله الاترازي و قال الكاكي استف السفوف بفتح السين، و هو كل دواء يؤخذ غير معجون. و قيل السفوف دواء

=> شيء و غلا في الدين و الامر يغلو غلوا جاوز حده و في التنزيل لاتغلو في دينكم الخ ملخصا. (١) قليت الخ و في لسان العرب قليت اللحم على المقلى اقليه قليا اذا شويته حتى تنضجه (كرمى يرمي رميا) قال الجوهري قليت السويق و اللحم فهو مقلى و قلوت فهو مقلو لغة (اي من باب ضرب و نصر) و القلاء (على وزن الحماد) بفتح القاف و تشديد اللام ممدودا الذي حرفته ذالك و الذي يقلى البر للبيع انتهى باختصار ما. (٢) اولي كما عرف في اصول الفقه. (٣) احترز الخ كذا في الفتح. (٤) راكبا او متنعلا او راجلا كذا في الكفاية. (٥) سف الخ (باب سمع) كذا في اللسان.

لايحنث هو الصحيح لتعين المجاز مراداً. و لو حلف لاياكل خبزاً فيمينه على ما يعتاد أهل المصر اكله خبزاً و ذلك خبز الحنطة و الشعير، لانه هو المعتاد في غالب البلدان. و لو اكل من خبز القطائف لايحنث، لانه لايسمى خبزاً مطلقاً الا اذا نواه، لانه محتمل كلامه. و كذا اذا اكل خبز الارز بالعراق لم يحنث، لانه غير معتاد عندهم، حتى لو كان بطبرستان او في بلدة طعامهم ذلك يحنث

يوضع على الكف و يؤكل من غير مضغ (لايحنث) و به قال احمد رحمه الله تعالى (هو الصحيح) احتراز عن قول بعض مشائخنا انه يحنث، و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و لو نوى الدقيق بعينه لم يحنث باكل الخبز بالاجماع، لانه نوى حقيقة كلامه. و الاصح انه لايحنث بعين الدقيق بغير نية لان هذه حقيقة مهجورة (لتعين المجاز مراداً) من حيث المراد (و لو حلف لاياكل خبزاً فيمينه على ما يعتاد اهل المصر اكله خبزاً، و ذلك خبز الحنطة و الشعير، لانه هو المعتاد في غالب البلدان) و قال الشافعي رحمه الله تعالى يحنث باي خبز كان و لم يفرق بين جنس و جنس، و به قال مالك رحمه الله تعالى لاعتبار الحقيقة و في شرح الوجيز هو المذهب و قال الكاكي و ما ذكر في الوجيز و لم يحنث بخبز الارز الا بطبرستان يخالف ذلك قلد فيه امام الحرمين رحمه الله تعالى (و لو اكل من خبز القطائف لايحنث لانه لايسمى خبزاً مطلقاً الا اذا نواه لانه محتمل كلامه) فيحنث حينئذ قال الجوهري(١) بعد ان قال القطيفة دثار مخمل، و الجمع قطائف، و منه القطائف التي تؤكل (و كذا) اي و كذالك الحكم (اذا اكل خبز الارز بالعراق لم يحنث، لانه غير معتاد عندهم) اي عند اهل العراق، و العراق على سيف دجلة مثل بلاد مصر على سيف النيل و دورهما نحو مسافة شهرين (حتى لو كان) اي الحالف (بطبرستان او في بلدة) اي ببلدة من بلاد طبرستان (طعامهم ذلك) اي خبز الارز (يحنث) و قال الاترازي طبرستان اسم آمل (بضم الميم) و اعمالها معرب من تبرستان، لان اهلها يحاربون بالفاس، ثم قال هكذا قال بعضهم. و لنا فيه نظر قال النسفي في كتب ادب الكتاب في باب ما يغير من اسماء البلاد و ان طبرستان(٢) بالفارسية معناه اخذه بالفاس كانه لم يوصل اليه حتى قطع شجره و قال الكاكي و

---

(١) الجوهري في الصحاح ص١٤١٧ ج٤ و كذا في لسان العرب و فيه ايضا القطائف طعام يسوى من الدقيق المرق بالماء شبهت بخمل القطائف التي تفترش و كذا في تاج العروس و في المنجد القطائف نوع من الحلواء شبهت بخمل القطائف التي تفترش. (٢) طبرستان الخ و في تكملة شرح المهذب ص٥٣ ج١٨ الطبري نسبة الى طبرستان بفتح الباء و كسر الراء و سكون السين اسم بلاد بالعجم و هي مركبة من كلمتين و اليها ينسب ==>

و لو حلف لاياكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان و الجزر لانه يراد به اللحم

طبرستان و بلادها تبرستان لان اهلها كانوا يحاربون بها يعنى بالفاس فعرب. و قيل طبرستان و النسبة اليها طبري. و قال الاكمل(١) و طبرستان هي آمل و ولايتها و اصلها تبرستان، لان اهلها كانوا يحاربون بالتبر، و هو الفاس، فعربوه الى طبرستان قلت طبرستان لان اصلها اسم اقليم من الاقاليم العراقية، و هي شرقي كيلان و سميت ذلك لان طبر بالفارسية الفاس، و استان الناحية و من كثرة اشتباك اشجارها لايذهب فيها الجيش الا بعد ان تقطع الاشجار من بين ايديهم بالطبر، فسميت بذلك طبرستان، اي ناحية الطبر، و قد ذكرنا بلادنا في التاريخ الكبير، و انما يقال في النسبة اليها الطبري، ليكون الفرق بينها و بين النسبة الى طبرية الشام، فان النسبة اليها طبراني و في الذخيرة(٢) حلف لاياكل خبزاً و لانية له فاكل كليجة او جوزنيجا او نوالة قال محمد بن سلمة لايحنث في الوجوه كلها لانها لايسمى خبزاً مطلقا و قال ابوالليث لو اكل كليجة او النوالة المقطوعة يحنث، لان الكليجة خبز حقيقة و عرفاً، و اختصاصها باسم آخر للزيادة لا للنقصان، فلايمنع دخولها تحت مطلق الاسم، و اما النوالة فخبز، لان ليها لايجعله شيئا آخر و لايحنث باكل الجوزنيج لانه لايسمى خبزاً مطلقاً فيسمى خبزاً مقيداً يقال خبز الجوزنيج، كما يقال بالفارسية نان زردالو لو حلف لاياكل هذا الخبز فمضغه و دقه ثم شربه لم يحنث. و به قال الشافعي رحمه الله تعالى لانه ليس باكل بل هو شرب، و هو الحيلة(٣) فيما لو قال ان اكلت هذه الخبزة فامرأته طالق، فينبغي ان يدقها و يلقيها في عصيدة ثم يطبخ حتى يصير الخبز هالكا فياكل العصيدة و لا يحنث و في المحيط(٤) لو اكله مبلولا يحنث (و لو حلف لاياكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان و الجزر) اي المشويان، و كذلك البيض المشوي (لانه يراد به اللحم

==> ابوعلى الطبري و ابن جرير المفسر و اما طبرية و هي مدينة من اعمال فلسطين فان النسبة اليها طبراني على غير قياس و اليها ينسب صاحب المعاجم الثلاثة رحمه الله تعالى انتهى و في معجم البلدان للشيخ ياقوت الحموي الرومي البغدادي ص١٣ ج٤ طبرستان بفتح اوله و ثانيه و كسر الراء قد ذكرنا معنى الطبر قبله (و ذكر قبل اسطر طبر و هي فارسية و الطبر هو الذي يشقق به الاحطاب و ما شاكله بلغة الفرس) و استان الموضع او الناحية كانه يقول ناحية الطبر الخ و ذكر صاحب البلدان جعرافية طبرستان و ما يتعلق بها من الاحوال في ثلاث صفحات بالبسط و التفصيل فليراجع و في غياث اللغات ستان بكسر بمعنى آستان و جائے انبوه چيزها چون در گلستان و گاهے اين لفظ بمعنى مطلق جا نيز استعمال كنند چون شبستان و ادبستان انتهى. (١) قال الاكمل في العناية و نحوه في فتح القدير. (٢) و في الذخيرة الخ و نحوه في الفتاوى الهندية ص٨٦ ج٢. (٣) و هو الحيلة الخ كذا في البحر ص ٣٥ ج٤. (٤) و في المحيط الخ و كذا في البحر.

المشوي عند الاطلاق، الا ان ينوي ما يشوى من بيض او غيره لمكان الحقيقة. و ان حلف لاياكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم، و هذا استحسان اعتباراً للعرف و هذا لان التعميم متعذر، فيصرف الى خاص هو متعارف، و هو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديداً و ان اكل من مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم و لانه يسمى طبيخاً و من حلف لاياكل الرؤوس فيمينه على ما يكبس في التنانير، و يباع في المصر و يقال يكنس، و في الجامع الصغير و لو حلف لاياكل

المشوي عند الاطلاق) يعني ذكر اللحم مطلقاً (الا ان ينوي ما يشوي من بيض او غيره) كاللفت و الباذنجان، هو القياس، و به اخذ الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى فيحنث عندهما بكل مشوى بلاتية، و بقولنا قال احمد رحمه الله تعالى (لمكان الحقيقة) اي لمكان حقيقة كلامه، و فيه تشديد على نفسه (و ان حلف لاياكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم) هذا لفظ القدوري في مختصره. و قال صاحب الهداية و هذا استحسان اعتباراً للعرف) و في المبسوط(١) القياس ان يحنث في اللحم وغيره مما يطبخ و الاخذ بالقياس هاهنا يفحش فان المسهل من الدواء مطبوخ، و نحن نعلم انه لم يرد به ذلك، فحملنا على اخص الخصوص، و هو اللحم، و لا يقال لمن اكل الباقلاء المطبوخ اكل الطبيخ، و ان كان طبيخاً في الحقيقة فلما كان كذلك حمل على المطبوخ باللحم الذي هو خاص متعارف (و هذا) توضيح لما قبله (لان التعميم متعذر) لانه لايمكن اجراءه على العموم (فيصرف الى خاص متعارف، و هو اللحم المطبوخ بالماء) احترز به عن المقلية اليابسة، لانها لاتسمى مطبوخة (الا اذا نوى غير ذلك) فيصدق (لان فيه تشديداً) على نفسه و قد نوى حقيقة كلامه (و ان اكل من مرقه) اي من مرق اللحم المطبوخ بالماء (يحنث لما فيه من اجزاء اللحم) و هي ما يذوب منه (و لانه) اي و لان مرق اللحم المطبوخ (يسمى طبيخا) عرفاً. و قال الكاكي و لو طبخ ارزاً و عدسا بودك فهو طبيخ و بزيت او سمن لا (و من حلف لاياكل الرؤوس فيمينه على ما يكبس في التنانير) اي يدخل فيها من قولهم كبس الرجل رأسه في جيب قميصه اذا ادخله، كذا في المغرب(٢) و مادته كاف و باء موحدة و سين مهملة، و يقال كنس بالنون بدل الباء على صيغة المبني للفاعل من كنس الظبي في الكناس اذا دخل فيه، و الاول هو الصحيح (و يباع في المصر) في الاسواق (و يقال يكنس و في الجامع الصغير و لو حلف لاياكل

---

(١) المبسوط للسرخسي ص١٧٨ ج٨. (٢) المغرب ص٢٠٥ ج٢ و في ص٣٣٤ ج٢ كنس الظبي دخل في الكناس (بكسر الكاف) كنوسا (بضم الكاف) من باب طلب.

رأسا فهو على رؤوس البقر و الغنم عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى على الغنم خاصة، و هذا اختلاف عصر و زمان كان العرف في زمنه فيهما، و في زمنهما في الغنم خاصة، و في زماننا يفتي على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر.

رأسا فهو على رؤوس البقر و الغنم عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) اي و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى يقع (على الغنم خاصة) و قال فخر الاسلام و القياس ان يقع على كل رأس حتى رأس السمك لعمومه. و في الاستحسان يقع على المتعارف (و هذا) اي هذا الاختلاف بين ابي حنيفة و صاحبيه (اختلاف عصر و زمان) لا اختلاف حجة و برهان (كان العرف في زمنه فيهما) اي في زمن ابي حنيفة في البقر و الغنم، فافتى بوقوع اليمين على رؤوسهما (و في زمنهما) اي و في زمن ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى كان (في الغنم خاصة) فافتيا بوقوع اليمين عليها لا غير. و قال صاحب المختلف اجمعوا على انه لايقع على راس الجزور لعدم العرف الا رواية عن ابي حنيفة. و لا على رؤوس الطير الا ان ينويها و قال المصنف (و في زماننا يفتى على حسب العادة) اي على اعتبار العرف والعادة (كما هو المذكور في المختصر) اي مختصر القدوري و عليه الفتوى اذ العرف الظاهر اصل في مسائل الايمان. و عند الشافعي رحمه الله تعالى(١) يمينه على ما يباع منفرداً و هي رؤوس الابل و البقر و الغنم فان كان في بلد يباع فيه رؤوس الصيد منفرداً حنث، باكلها، و ان كان في بلد لايباع فيه فقد قيل لايحنث. و قيل يحنث و عند مالك رحمه الله تعالى يقع يمينه على راس كل حيوان من الغنم و الصيد و الطير و الحيتان، و به قال احمد لعموم الاسم فيه حقيقة و عرفاً. و عند اشهب المالكي لايحنث الا برؤوس الانعام الاربعة للعرف الغالب، هذا اذا لم ينو نوعا، فان نوى فيمينه على ما نوى بالاجماع، و على هذا الخلاف الشراء. و عن ابي هريرة من اصحاب الشافعي رحمه الله تعالى لايحنث الا براس الغنم فان قيل(٢) لحم الانسان و الخنزير لايباع في الاسواق، و مع ذلك يحنث بالاكل اذا حلف لاياكل لحما و اجيب بما حاصله في الفرق بان الراس غير ماكول بجميع اجزائه، لان منها العظم فكانت الحقيقة متعذرة، فيصار الى المجاز المتعارف هي ما يكبس في التنانير و يباع في الاسواق، و اما اللحم فيؤكل بجميع اجزائه، فكانت الحقيقة ممكنة فلا تترك فيحنث باكل لحم الخنزير و الانسان فان قلت الحقيقة ان لم تكن متعذرة فهي مهجورة شرعاً و المهجور شرعاً

---

(١) و عند الشافعي رحمه الله تعالى راجع تكملة شرح المهذب ص٦٢ ج١٨ و المغني ص٣٢٣ ج١١. (٢) فان قيل الخ كذا في العناية ص٤٠٤ ج٤.

قال و إن(١) حلف لاياكل فاكهة فاكل عنباً او رماناً او رطباً او قثاء او خياراً لم يحنث، و ان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث، و هذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى حنث في العنب و الرطب و الرمان ايضا. و الاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام، و بعده اي يتنعم به زيادة على المعتاد، و الرطب و اليابس فيه سواء بعد

كالمهجور عادة. و في المهجور شرعا يصار الى المجاز، كما في المهجور عادة. قلت المهجور شرعاً هو الذي لايكون شيء من افراده معمولاً بها كالحلف على ترك كلام الصبي و هاهنا ليس كذلك فان قيل سلمنا ذلك، و لكن لايطرد في الشراء فان الراس يشتري بجميع اجزائه فلم تكن الحقيقة متعذرة. اجيب بان من الرؤوس ما لايجوز اضافة الشراء اليه كرأس النمل و الذباب و الآدمي، فكانت متعذرة (قال) اي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و ان حلف لاياكل فاكهة فاكل عنباً او رمانا او رطبا او قثاء او خياراً لم يحنث، و ان اكل تفاحاً او بطيخاً او مشمشاً حنث. و هذا) اي الحنث و عدم الحنث في الاشياء المذكورة (عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا حنث في العنب و الرطب و الرمان ايضاً) و به قال الشافعي(٢) و مالك و احمد رحمهم الله تعالى و اذا اكل تيناً او خوخاً او سفرجلاً او اجاصاً او كمثرى او تفاحاً او جوزاً او ارزاً او فستقاً او عنباً يحنث بالاجماع سواء كان رطباً او يابساً. و لو اكل خياراً او قثاء او جزراً لايحنث، لانها من البقول. و لهذا يؤدم معها و البطيخ من الفاكهة، كذا ذكره القدوري و يابس البطيخ لايعد فاكهة، كذا ذكره فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير و قال في خلاصة الفتاوى ذكر شمس الائمة الحلوائي ان البطيخ ليس من الفواكه. و للشافعي و احمد رحمهما الله تعالى فيه وجهان، اصحهما انه من الفواكه. قلت الايمان مبنية على العرف، و لا احد يتفكه بالبطيخ، و انما يؤكل بالخبز غالباً، فيكون من الادام نعم ان كان في بلاد لايكون عندهم الا نادراً و يرونه مثل الفاكهة لندرته و قلته (و الاصل) في هذا الباب (ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام و بعده، اي يتنعم به(٣) زيادة على المعتاد) اي على الغذاء الاصلي، و لهذا سمى النار فاكهة الشتاء و المزاح فاكهة لزيادة التنعم فيها (و الرطب و اليابس فيه) اي في التفكه بهذه الاشياء (سواء بعد

---

(١) و ان – ن – و من. (٢) و به قال الشافعي الخ راجع المغني ص٣١٥ ج١١ و تكملة شرح المهذب ص٦٩ ج١٨. (٣) يتنعم و يتلذذ به الفتح و راجع لهذا المبحث فتح القدير و البحر ص٣٥٢ ج٤ و الفتاوى الهندية ص٨٨ ج٢ و المبسوط للسرخسي ص١٧٩ ج٨ و البدائع ص٦٠ ج٣ و المغنى ص٣١٥ ج١١ و التكملة لشرح المهذب ص٦٩ ج١٨.

ان يكون التفكه به معتاداً، حتى لايحنث بيابس البطيخ، و هذا المعنى موجود في التفاح و أخواته فيحنث بها، و غير موجود في القثاء و الخيار، لانهما من البقول بيعاً و اكلاً، فلايحنث بهما. و اما العنب و الرطب و الرمان فهما يقولان ان معنى التفكه موجود فيها، فانها اعز الفواكه و التنعم بها يفوق التنعم بغيرها. و ابو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها و يتداوى بها فاوجب قصوراً في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء و لهذا كان اليابس منها من التوابل او من الاقوات.

ان يكون التفكه به معتاداً، حتى لايحنث بيابس البطيخ) فانه لايعتاد يابسه فاكهة في عامة البلاد (و هذا المعنى) اي التفكه (موجود في التفاح و أخواته) و هي التي ذكرناها عند قولنا، و اذا أكل تيناً او خوخاً... الى آخره (فيحنث بها) اي بالتفاح و أخواتها (و غير موجود) اي و هذا المعنى غير موجود (في القثاء و الخيار، لانهما من البقول بيعاً) يعني من حيث البيع فانهما يباعان مع البقول (و أكلاً) اي من حيث الاكل فانهما يوضعان على المائدة مع البقول هكذا شرحه الكاكي. و قال الاكمل و اما الاكل فانهما يوضعان على الموائد، حيث يوضع النعناع و البصل (فلايحنث بهما) اي بالقثاء و الخيار بما اذا حلف لاياكل فاكهة قلت هذا لايخلو عن خدش، لان القثاء و الخيار قط لايوضعان مع موائد الطعام نعم يؤكلان مع الخبز في بعض الاوقات، و لا البصل ايضا ما يوضع مع موائد الطعام. نعم يوضع البصل مع اللحم المسلوق البارد وحده، و هو الذي يسمى لحى؟ و الاحسن في هذا ما قاله صاحب المحيط العبرة للعرف و ما يؤكل عادة على سبيل التفكه و يعد فاكهة في العرف يدخل في اليمين و الا فلا (و اما العنب و الرطب و الرمان فهما) اي فابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يقولان ان معنى التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه، و التنعم بها يفوق التنعم بغيرها) فيحنث باكلها (و ابوحنيفة رحمه الله تعالي يقول ان هذه الاشياء) اي العنب و الرطب و الرمان (مما يتغذى بها و يتداوى بها) اما التغذي بالرطب و العنب فظاهر. و اما التداوي بالرطب فانه نافع للمعدة الباردة و يزيد في المني و تلين الطبع. و اما التداوي بالعنب فانه يسمي بسرعة و يولد دما جيداً، و ينفع الصدر و الرية و اما الرمان فانه دواء صالح خصوصاً للكبد (فاوجب قصوراً في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء) يعني في بقاء الانسان و قوامه (و لهذا) اي و لاجل الاستعمال في بقاء الانسان (كان اليابس منها) مثل الزبيب و التمر و حب الرمان يعد (من التوابل او من الاقوات) فكان ناقصاً في معني التفكه للاستعمال في بقاء الانسان فلا ينتظمها الاسم باطلاقه كالمكاتب حيث لايتناوله اسم المملوك في قوله كل مملوك لي حر للنقصان في مملوكيته، و التوابل جمع تابل بالتاء المثناة من

قال و لو حلف لايأتدم فكل شيء اصطبخ به

الفوقانية و بالالف بعدها الباء الموحدة المفتوحة و المكسورة و باللام في آخره قال الاترازي التابل الابزار. قلت هذا تعريف الشيء بما هو اخفى منه. و قال الجوهري(١) الابزار و الابازير التوابل. ثم قال في باب اللام التابل واحد توابل القدر، يقال منه توبلت القدر، حكاه ابوعبيد في المصنف و هذا ايضا غير مقنع، و لكن يعلم من قوله توبلت القدر ان المراد من التوابل هي الحوائج التي ترمى في القدر مع اللحم. قوله - من التوابل - كما في الرمان او من الاقوات كما في يابس العنب و الرطب، و يؤيد قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى قوله تعالى فانبتنا فيها حبا الى قوله و أبا(٢) و قوله تعالى فيهما فاكهة و نخل و رمان(٣) فان الله عطف الفاكهة على العنب و النخل في الآية الاولى، و عطف النخل و الرمان على الفاكهة في الآية الاخرى، و العطف يقتضي المغايرة و قال الاترازي فان قلت لانسلم ان العطف تقتضي المغايرة، الا ترى الى قوله تعالى و اذ اخذنا من النبيين ميثاقهم و منك و من نوح و ابراهيم(٤) فلو كان العطف يقتضي المغايرة لم يكن المعطوفون من الانبياء، قال الله تعالى من كان عدواً لله و ملائكته و رسله و جبريل و ميكال و انما العطف في الآيتين لبيان فضيلة المعطوف لا للمغايرة. قلت تفضيل الانبياء و الملائكة بعضهم على بعض انما يعرف بالخبر، فاحتاج الى المخصص بالذكر، بخلاف ما نحن فيه، فان قصد هذه الاشياء على سائر الفواكه عرف بالحس و المشاهدة، فلا حاجة الى الخبر، اذ ليس الخبر كالمعاينة، فتعين فائدة العطف للمغايرة، انتهى قلت اجاب تاج الشريعة عن هذا باحسن منه، فقال الشيء قد يعطف على جنسه للتخصيص و التفضيل، كما ذكر من النظير، و لايجوز ذلك فيما نحن بصدده، لانه موضع تعداد النعم، فلايستقيم الشيء على جنسه، لان الحكيم في موضع التعداد لا يذكر نعمة واحدة مرتين، لان فيه مظنة قصور النعم (قال) اي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و لو حلف لا يأتدم) يعني لو حلف لاياكل اداما(٥) (فكل شيء يصطبغ به) و في بعض النسخ اصطبغ به قال الكاكي اصطبغ بالطاء على بناء المفعول، هكذا المنقول. و الاصطباغ - نان خورش گرفتن - و بعد الطاء بالباء. و في المغرب(٦) الصبغ ما

---

(١) الجوهري في الصحاح مادة بزر - الابزار بفتح الهمزة و سكون الباء. (٢) و ابا عبس - ٢٧. (٣) و رمان - الرحمن - ٢٨. (٤) و ابراهيم - الاحزاب - ٧. (٥) لاياكل اداما الخ المغنى ص٣١٥ ج١١ و تكملة شرح المهذب ص٦٩ ج١٨. (٦) و في المغرب الخ و في فتح القدير ص٤٠٦ ج٤ و اصطبغ مبنى للمفعول و هو افتعال من الصبغ و لما كان ثلاثيه و هو صبغ متعديا الى واحد جاء الافتعال منه لازما فلايقال اصطبغ الخبز لانه لايصل الى المفعول بنفسه حتي يقام مقام الفاعل اذا بنى الفعل له فانما يقام غيره من الجار و المجرور و نحوه فلذا =>

إدام، و الشواء ليس بادام و الملح ادام، و هذا عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى كل ما يؤكل مع الخبز غالباً فهو ادام و هو رواية عن ابي يوسف رحمه الله تعالى لان الادام من المؤادمة، و هي الموافقة و كل ما يؤكل مع الخبز فهو موافق له كاللحم و البيض و نحوه

يصبغ به، و منه الصبغ من الادام، لان الخبز يغمس فيه و يلون به كالخل و الزيت، و قال اصطبغ بالخل و في الخل و لا يقال اصطبغ الخبز بالخل (فهو ادام) كالخل و الزيت و العسل و الزبد و اللبن و الملح و المرق (و الشواء ليس بادام) لانه يؤكل وحده (و الملح ادام) لانه يؤكل مع الخبز (و هذا) اي المذكور (عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى) في ظاهر الرواية (و قال محمد رحمه الله تعالى كل ما يؤكل مع الخبز غالباً فهو ادام، و هو رواية) اي قول محمد رواية (عن ابي يوسف) و به قال الشافعي و احمد رحمهم الله تعالى (لان الادام من المؤادمة) اي مشتق منها (و هي) اي المؤادمة (الموافقة) معنى (و كل ما يؤكل مع الخبز فهو موافق له كاللحم و البيض و نحوه) مثل الجبن و في النهاية و حاصل ذلك على ثلاثة اوجه(١) فالخل و الزيت و اللبن و العسل و الزبد و امثالها مايصطبغ به فهو ادام بالاجماع و البطيخ و العنب و التمر و امثالها مما يؤكل وحدها غالبا ليس بادام بالاتفاق و اختلفوا في الجبن و البيض و اللحم، فجعلها محمد اداما باعتبار ان هذه الاشياء لاتؤكل وحدها غالبا فكانت تبعاً للخبز، و موافقة له و يؤيده ما روى عنه صلى الله عليه وسلم سيد(٢) الادام في الدنيا و الآخرة اللحم، و كتب(٣) ملك الروم الى معاوية رضي الله تعالى عنه ان ابعث الى بشر ادام على يد شر رجل فبعث اليه جبنا على يد رجل يسكن في بيت اصهاره فلو لم يكن الجبن اداما لما بعث اليه لانه من ارباب اللسان و بقول

=> يقال اصطبغ به و لايقال اصطبغ الخبز انتهى. (١) ثلاثة اوجه الخ كذا في العناية و الفتح. (٢) سيد الادام في الدنيا و الاخرة اللحم رواه ابن ماجة عن ابي الدرداء رضي اللّٰ تعالى عنه مرفوعا كتاب الاطعمة باب اللحم ص٢٢٤ و تفصيل مآخذه في الموسوعة لاطراف الحديث النبوي صلى الله عليه وسلم ص٢٥٤ ج٥ و راجع تكملة شرح المهذب ص٦٧ ج١٨ و اجيب عن هذا الحديث بان كونه سيد الادام لايستلزم كونه اداما اذ قد يقال في الخليفة سيد العجم و ليس منهم فتح القدير ص٤٠٧ ج٤. (٣) و كتب ملك الروم الخ كذا في فتح القدير ص٤٠٦ ج٤ لكن رده صاحب الفتح بقوله و اما حكاية معاوية رضي الله تعالى عنه فيتوقف الاستدلال بها على صحتها و هي بعيدة منها اذ يبعد من امام عالم ان يتكلف ارسال شخص الى بلاد الروم ملتزما لمؤنته لغرض مهمل لكافر و السكنى في بيت الصهر قط لايوجب ان يكون الساكن شر رجل فآثار البطلان تلوح على هذه القصة انتهى.

و لهما ان الادام مايؤكل تبعاً، و التبعية في الاختلاط حقيقة، ليكون قائما به، و في ان لايؤكل على الانفراد حكماً، و تمام الموافقة في الامتزاج ايضا، و الخل وغيره من المائعات لايوكل وحدها(١) بل يشرب و الملح لايؤكل بانفراده عادة لانه يذوب فيكون تبعاً بخلاف اللحم و ما يضاهيه، لانه يؤكل وحده، الا ان ينويه لما فيه من التشديد. و

محمد اخذ ابوالليث بالعرف. و في التمر(٢) للشافعي و احمد رحمهما الله تعالى وجهان في وجه ادام، لما روي انه عليه الصلوة و السلام وضع التمر على الكسرة، فقال هذه ادام هذه رواه ابوداود(٣) و الثاني ليس بادام لانه فاكهة فاشبه الزبيب (و لهما) اي و لابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى (ان الادام ما يؤكل تبعاً و التبعية في الاختلاط حقيقة) اي من حيث الحقيقة، بان يصير مع الخبز كشيء واحد، فيتبعه و يقوم به و هو معنى قوله (ليكون قائماً به و في أن لايؤكل على الانفراد حكماً) اي من حيث الحكم حاصل(٤) هذا ان التبعية على نوعين حقيقية و ذلك في الاختلاط ليكون قائماً به. و حكمية و هي ان لايؤكل على الانفراد، و اللحم لايختلط فلايكون تبعاً حقيقة و يؤكل منفرداً، فلايكون تبعا حكماً، فلايكون اداماً (و تمام الموافقة في الامتزاج ايضاً) جواب(٥) عن قوله لان الادام من المؤادمة يعني سلمناه، و لكن المؤادمة التامة الكاملة في الامتزاج، يعني حقيقة الموافقة بان يكون كشيء واحد بالامتزاج و الالتزاق لا ان يكون مجاورا له، فاذا ثبت الحقيقة بطل المجاز. و اما الحديث فلاحجة له فيه، لانه يقال الخليفة سيد العرب و العجم. و ان لم يكن من العجم قاله الكاكي و فيه تامل. و قال تاج الشريعة و اما قوله صلى الله عليه وسلم و هو الحديث المذكور، فانه من اسماء الشرع(٦) و الأيمان لاتتعلق بها (و الخل وغيره من المائعات لايؤكل وحدها بل يشرب) فلايكون اداماً (و الملح لايؤكل بانفراده عادة) فيكون اداماً (و لانه يذوب فيكون تبعاً) فيكون اداماً (بخلاف اللحم و ما يضاهيه) اي و ما يشابهه مثل الجبن و البيض، فانها ليست بادام (لانه) اي لان اللحم و ما يضاهيه (يؤكل وحده، الا ان ينويه) لانه يحتمل كلامه (لما فيه من التشديد) على نفسه (و

---

(١) وحدها - ن - وحده. (٢) و في التمر للشافعي الخ كذا في الفتح ص٤٠٦ ج٤ و التكملة ص٦٦ ج١٨. (٣) رواه ابوداود كتاب الاطعمة باب في التمر ص١٨٠ ج٢ و لفظه عن يوسف بن عبدالله بن سلام رضي الله عنه قال رأيت النبي صلى الله عليه وسلم اخذ كسرة من خبز شعير فوضع عليها تمرة و قال هذه ادام هذه و اخرجه في الايمان باب الرجل يحلف ان لايتادم ص١٠٨ ج٢ و مسند احمد. (٤) حاصل هذا الخ كذا في العناية ص٤٠٦ ج٤. (٥) جواب الخ كذا في العناية. (٦) اسماء الشرع - راجع لتحقيق اقسام الاسماء و احكامها المغنى ص٣٢١ ج١١ فانه ضبطها بالاستيعاب فاطال و افاد و اجاد.

العنب و البطيخ ليس(١) بادام هو الصحيح. و اذا حلف لايتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر و العشاء من صلاة الظهر الى نصف الليل، لان ما بعد الزوال يسمى عشاء (٢) و لهذا يسمى الظهر احد(٣) صلاتي العشاء في الحديث

العنب و البطيخ ليسا بادام هو الصحيح) احترز به عما قيل ان العنب و البطيخ على الخلاف، و ذكر(٤) الامام السرخسي انهما ليسا بادام بالاجماع، و هو الصحيح لانهما يؤكلان وحدهما غالبا و في المحيط قال محمد التمر و الجوز ليس بادام و كذا العنب و البطيخ، و كذلك سائر الفواكه، حتى لو كان في موضع يؤكل تبعاً للخبز يكون اداماً عنده، اما البقل ليس بادام بالاتفاق، لان آكله لايسمى مؤتدما. و عند الشافعي رحمه الله تعالى البقول و البصل و الفجل و الثمار ادام لانه يؤتدم به عادة، ذكره في شرح الوجيز (قال) اي القدوري (و اذا حلف لايتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر) القدوري تسامح في اللفظ لان الغداء عبارة عن طعام يؤكل في الغداة لا اسم اكله، و كذلك العشاء بالفتح و المد اسم لطعام العشي، و لكن معناه اكل الغداء و اكل العشاء على حذف المضاف قال الاترازي و يجوز ان يقال اراد بالغداء التغدي و بالعشاء التعشي مجازا باطلاق اسم السبب على المسبب، و اذا حلف احد انه لايتغدى، فاذا تغدى ما بين طلوع الفجر الى وقت الظهر في اي ساعة كانت من ذلك يحنث، و عليه الكفارة (و العشاء من صلاة الظهر الى نصف الليل، لان ما بعد الزوال يسمى عشيا) بفتح العين و كسر الشين و تشديد الياء، قال في المغرب العشي ما بين زوال الشمس الى غروبها، و المشهور انه آخر النهار و عن الازهري صلوتي العشاء الظهر و العصر. و قال الاترازي لان ما بعد الزوال يسمى عشاء بكسر العين لان ما بعد الزوال لما كان عشاء كان الطعام الذي يؤكل في ذلك الوقت عشاء، فاذا فتح العين في موضعين يلزم الفساد و هذا حاصل كلامه، لكن هذا على كون لفظ النسخة عشاء. و اكثر لفظ النسخ عشيا كما ضبطناه (و لهذا) اي و لكون ما بعد الزوال عشياً (يسمى الظهر احد صلاتي العشاء في الحديث) قال الاترازي كذا في السنن و سكت. و قال الكاكي ذكر في الايضاح ورد في الحديث انه عليه الصلوة و السلام صلى احدى صلاتي العشاء يريد الظهر او

---

(١) ليس – ن – ليسا. (٢) عشاء – و في حاشية سعدى الچلپي على العناية ص٤٠٧ عشاء بكسر العين قال في النهر و كانه تحريف و الصواب عشيا بفتح العين مع ياء بعد الشين الخ كذا بهامش نسخة الشيخ البحراوي قال مصححه الفقير محمد البلبيسي هو تحريف يقينا فصوابه العشي فيه و في ما بعده و في حديث الصحيحين احدى صلوتي العشي لا العشاء كما ظهر بالمراجعة فليحذر ما وقع في نسخ الهداية و حواشيها من التحريف و الله الهادي انتهى. (٣) احد – ن – احدى. (٤) ذكر الامام الخ كذا في الفتح ص٤٠٧ ج٤.

و السحور من نصف الليل الى طلوع الفجر، لانه ماخوذ من السحر و يطلق على ما يقرب منه، ثم الغداء و العشاء ما يقصد به الشبع عادة، و يعتبر عادة اهل كل بلدة في حقهم، و يشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع

العصر. و قال الاكمل ذكر في الايضاح في باب الحلف على الغداء فقال ورد في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى احدى صلاتي العشاء ركعتين، يريد به الراوي الظهر او العصر. قلت هذا الحديث اخرجه البخاري(١) و مسلم عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه قال صلى بنا رسول الله صلي الله عليه وسلم احدى صلاتي العشي اما الظهر و اما العصر فسلم في ركعتين.... الحديث، فيا للعجب من هولاء في تقصيرهم فيما يتعلق بالاحاديث، و هم في ديار الحديث. قال الاترازي كذا في السنن و الحديث في الصحيحين و الاكمل و شيخه الكاكي إكتفيا بما ذكر في الايضاح من غير بيان (و السحور) بفتح السين ما يتسحر به من الماكول و المشروب، و بضم السين مصدر (من نصف الليل الى طلوع الفجر، لانه) السحور (ماخوذ) اي مشتق (منه) من السحر بفتحتين و هو الثلث الاخير من الليل الى طلوع الفجر (و يطلق) اي يطلق السحور (على ما يقرب منه) اي من السحر، لانه قريب من الثلث الاخير (ثم الغداء و العشاء) بالفتح و المد فيهما (ما يقصد به الشبع) بكسر الشين و فتح الباء الموحدة (عادة) في عادات الناس، لان التغدى عبارة عن اكل يترادف اكثر من نصف شبعه، لانه لايقال انه تغدى اذا اكل لقمة او لقمتين، و به قال الشافعي رحمه الله تعالى (و يعتبر عادة اهل كل بلدة في حقهم) يعني ان كانت خبزاً فخبز، و ان كانت لحماً فلحم، و ان كانت لبناً فلبن و في المحيط حتى لو كان الحالف مصرياً يقع على الخبز، فلو تغدى بغيره من الارز و التمر و اللبن لم يحنث، و ان كان بدويا فيتغدى بالتمر و اللبن يحنث و حاصل الكلام ان العبرة فيما يتغدى به على عادة اهل ذلك الموضع، ختى يعتبر الارز غذاء بطبرستان، و اللبن لاهل البوادي و التمر ببغداد كمن حلف لايدخل بيتاً فهو على المدر للبلدي، و على بيت الشعر للبدوي، و كذلك الحكم في التعشي (و يشترط ان يكون اكثر من نصف شبع) قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي و من حلف لايتغدى فانه يقع على الغداء المعروف، فان كان الرجل كوفياً يقع على خبز الحنطة و الشعير، و لايقع على اللبن و السويق و ان كان الرجل بدويا يقع على اللبن و السويق، و ان كان حجازياً يقع

---

(٢) البخاري في السهو باب يكبر في سجدتى السهو ص١٦٤ ج١ و مسلم باب السهو في الصلوة ص٢١٣ ج١ و اللفظ له و ابوداود باب السهو في السجدتين ص١٥١ ج١ و النسائي كتاب السهو ما يفعل من سلم من اثنتين ص١٨١ ج١ و ابن ماجة في السهو باب فيمن سلم من اثنتين او ثلاث ساهيا ص٨٦ و نصب الراية ص١٦٨ ج٢.

و من قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر، و قال عنيت شيئا دون شيء لم يدين في القضاء وغيره، لان النية انما تصح في الملفوظ، و الثوب وما يضاهيه غير مذكور تنصيصاً و المقتضي لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه.

على السويق، و اما في بلادنا فيقع على خبز الحنطة و يشترط ان يكون، اي الغداء او العشاء او السحور اكثر من نصف الشبع، لان للاكثر حكم الكل رواه المعلي عن ابي يوسف رحمه الله تعالى و هو الصحيح لان من اكل لقمة او لقمتين يصح ان يقول ما تغديت و ما تعشيت (و من قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر، و قال عنيت) اي قصدت (شيئاً دون شيء) يعني قصدت ثوباً دون ثوب، او طعاماً دون طعام او شراباً دون شراب (لم يدين في القضاء و غيره) يعني لايصدق لا قضاء و لا ديانة، و قال الشافعي رحمه الله تعالى يصدق ديانة لان للمقضتى عموماً عنده، و كذا في راية عن ابي يوسف و به اخذ الخصاف و المذهب انه لايضح نيته (لان النية انما تصح في الملفوظ) حتي يعين ما يحتمله اللفظ (و الثوب و ما يضاهيه) اي و مايشابهه، مثل الطعام و الشراب (غير مذكور تنصيصاً) اي غير ملفوظ صريحاً، فانما هو مقدر اقتضاء اي بطريق الاقتضاء (و المقتضى) بفتح الضاد (لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه) اي في قوله ان لبست، او ان اكلت او ان شربت قوله و ا لمقضتى الى آخره جواب عما يقال هب انه غير ملفوظ تنصيصاً اليس انه ثابت مقتضى و المقتضى كالملفوظ، فاجاب بقوله و المقتضى... الى آخره فان قيل(١) المقتضى امر شرعي و افتقار الاكل الى الطعام ليس كذلك، لانه يعرفه من لم يعرف الشرع. قلت يجوز ان يكون المصنف اختار ما اختاره بعض المحققين من أن المقتضى هو الذي لايدل عليه اللفظ، و لايكون منطوقاً به، لكن يكون من ضرورة اللفظ اعم من ان يكون شرعياً او عقلياً فان قيل سلمنا ذلك، لكن ما الفرق بين هذا و بينما اذا قال ان خرجت فعبدي حر، و نوى السفر، فانه يصدق ديانة، مع ان السفر او الخروج غير مذكور لفظاً و بينه و بينما اذا حلف لايساكن فلانا و نوى ان لايساكنه في بيت واحد، فان النية صحيحة، ان المسكن غير مذكور لفظاً حتى لو ساكن معه في الدار لايحنث. اجيب بان الاولى ممنوعة منعها القضاة الاربعة ابوهشيم و ابو حازم و ابو طاهر الدباس و القاضي القمي رحمهم الله تعالى و لئن سلم فقوله ان خرجت و لايساكن فعلان يدلان على المصدر لغة، و قد وقع الثاني في صريح النفي و الاول في معناه فيتناولان بعمومهما الخروج في السفر و المسكن فجاز تخصيصهما الا انه خلاف الظاهر،

---

(١) فان قيل الخ كذا في العناية و اطال البحث ههنا ابن الهمام رحمه الله تعالى في الفتح فليراجع.

وان قال ان لبست ثوباً او اكلت طعاما او شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة لانه نكرة في محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص فيه الا انه خلاف الظاهر فلايدين في القضاء

قال و من حلف لايشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعاً

فلايدين في القضاء كذا لخصه الاكمل و بيانه(١) كما ينبغي انا و ان سلمنا فالفرق ان الخروج متنوع الى مديد و قصير و هما مختلفا اسماً و حكماً فان المديد يسمى سفراً و احكامه خلاف احكام الخروج. فاذا نوى احد النوعين صحت نيته، كما لو حلف لايتزوج و نوى حبشية او رومية يصدق. و لو نوى امرأة بعينها لايصدق لان الاول نوع، و الثاني لا و كذا في مسالتنا حتى لو نوى الخروج الى مكان بعينه كبغداد لايصدق، و كذا في المسالة الثانية نوى نوعا من المساكنة، لان المساكنة انواع ما يكون في بلد واحد، و ما يكون في دار واحدة و هو العرف، و ما يكون في بيت واحد و هو اتم ما يكون من المساكنة، كذا ذكره السرخسي(٢) وغيره (و ان قال ان لبست ثوباً او اكلت طعاما او شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة) يعني لم يصدق في القضاء خاصة، و يصدق ديانة (لانه نكرة) اي لان ثوبا في ان لبست و طعاما في ان اكلت و شراباً في ان شربت نكرة وقعت (في محل الشرط) و هو قوله ان فعلت كذا (فتعم) لان الشرط في معنى النفي، و النكرة في موضع النفي تعم، و العموم يحتمل الخصوص (فعملت نية التخصيص فيه، الا انه خلاف الظاهر) اذ الظاهر العموم (فلايدين في القضاء) اي فلايصدق في الحكم، لان في التصديق فيه تخفيفا له، فلايصدق، بخلاف ما اذا قيل له انك تريد ان تغتسل الليلة في هذه الدار عن الجنابة، فقال ان اغتسلت فعبدي حر، فهو عن الجنابة، لانه جواب فيتقيد بالسؤال و لو قال ان اغتسلت الليلة في هذه الدار فهو على كل اغتسال قضاء، لانه زاد على حرف الجواب، فيكون مبتدأ لكن مع هذا يصدق ديانة، لانه يحتمل انه اراد به الجواب (قال) اي القدوري (و من حلف لايشرب من دجلة) و هو نهر بغداد (فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعاً) و الكرع تناول الماء بالفم من موضعه من غير ان ياخذ بيده، يقال(٣) كرع الرجل في الماء اذا مد

---

(١) و بيانه الخ راجع له فتح القدير ص٤٠٩ ج٤. (٢) السرخسي في المبسوط باب المساكنة ص١٦١ ج٨. (٣) يقال كرع الخ و في عمدة القاري كتاب الاشربة باب الكرع في الحوض ص١٩٦ ج٢١ الكرع بفتح الكاف و سكون الراء و هو الشرب من الحوض او من النهر بالفم و هو من كرع يكرع من باب فتح يفتح و قد جاء بالكسر في الماضي من باب علم يعلم و قال ابن سيدة كرع تناول بفيه من غير اناء و قيل هو ان يدخل النهر فيشرب و قيل هو ان يصوب راسه في الماء و ان لم يشرب و في الجامع كل خائض في الماء فهو كارع شرب او لم يشرب و في التهذيب كرع في الناء اذا امال نحوه عينه فشرب منه انتهى و نحوه في لسان العرب و فيه ايضا الكراع ==>

عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا اذا شرب منها باناء يحنث لانه المتعارف المفهوم. و له ان كلمة من للتبعيض و حقيقته في الكرع و هي مستعملة و لهذا يحنث بالكرع اجماعاً فمنعت المصير الى المجاز و ان كان متعارفاً.

عنقه نحوه ليشرب منه، و منه كره عكرمة(١) الكرع من النهر، لانه فعل البهيمة تدخل فيها اكارعها، و الكراع مستدق الساق و هذا (عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) اي ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى (اذا شرب منها باناء يحنث، لانه المتعارف المفهوم) بين الناس من الشرب من دجلة و هو الشرب من ماء دجلة، و هو المجاز، فيعمل بعموم المجاز. فيحنث كيفما شرب، كما اذا حلف لايضع قدمه في دار فلان يحنث في يمينه اذا دخلها راكباً او ماشياً او حافياً او متنعلا لعموم المجاز، و هو الدخول فكذا هنا، فصار كما اذا حلف لايشرب من هذه البئر فشرب من مائها باناء يحنث (و له) اي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (ان كلمة من) في قوله من دجلة (للتبعيض) اعلم ان من ياتي لمعان كثيرة(٢) فان كان المصنف رحمه الله تعالى يريد انه وضع للتبعيض وحده، فهذا لم يقل به احد من ائمة اللغة، و ان كان يريد انه قد يستعمل للتبعيض، فمن اين يلزم انه هنا للتبعيض، قاله الاترازي مع تطويل الكلام فيه. قلت دلت القرينة اللفظية و الحالية هنا ان من هنا للتبعيض، و هذا ظاهر لايخفى (و حقيقته) اي و حقيقة الشرب (في الكرع) لان الحقيقة ان يكون ابتداء الشرب متصلة بدجلة، و ذلك بالشرب منها كرعاً (و هي) الحقيقة (مستعملة) لامهجورة (و لهذا) اي و لاجل هذا ان الحقيقة مستعملة (يحنث بالكرع اجماعاً) دعوى الاجماع فيه نظر، لانه اختلف المشايخ في الكرع عندهما. قال الامام العتابي في شرح الجامع، قال بعضهم لايحنث بالكرع عندهما كيلايكون جمعا بين الحقيقة و المجاز. و قال بعضهم يحنث و هو الصحيح لعموم المجاز، و ليس هو بجمع بين الحقيقة و المجاز (فمنعت) اي الحقيقة المستعملة (المصير الى المجاز و ان كان متعارفاً) هذا اذا لم يكن له نية، فان نوى الكرع

==> (بضم الكاف) من الانسان ما دون الركبة الي الكعب و من الدواب مادون الكعب انثى يقال هذه كراع (ثم قال) و الكراع من البقر و الغنم بمنزلة الوظيف من الخيل و الابل و الحمر و هو مستدق الساق العاري من اللحم يذكر و يؤنث و الجمع اكرع (بفتح الهمزة و سكون الكاف و ضم الراء) ثم اركارع (و قال في مقام) و الجمع اكرع و اكارع جمع الجمع. (١) و منه كره عكرمة الكرع الخ كذا في العناية و الكفاية و لسان العرب لكنى ماوجدت ماخذه. (٢) لمعان كثيرة الخ قال المحقق العلامة جمال الدين بن يوسف المصري رحمه الله تعالى في مغنى اللبيب عن كتب الاعاريب ص٣١٨ ج١ من تاتى على خمسة عشر وجها ثم بينها بالبسط و التفصيل في اربع صفحات فليراجع.

و ان حلف لايشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء حنث، لانه بعد الاغتراف بقي منسوباً اليه و هو الشرط، فصار كما اذا شرب من ماء نهر ياخذ من دجلة. و من قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق، و ليس في الكوز ماء لم يحنث، فان كان فيه ماء فاريق(١) قبل الليل لم يحنث، و هذا عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى

فعندهما لايحنث بالمجاز ديانة و قضاء، لانه نوى حقيقة كلامه، و ان نوى العرف فعنده صدق ديانة، لانه يحتمل و لايصدق قضاء، لانه خلاف الحقيقة و لو حلف لايشرب من هذا الجب فان كان ملآن انصرف الى الكرع عنده لتصور الحقيقة و ان لم يكن ملآن انصرف الى المجاز، لامتناع الحقيقة كذا نقل الشيخ ابوالمعين النسفي في شرح الجامع عن الشيخ ابي القاسم الصفار، و لو عنى بقوله لايشرب من دجلة ماء دجلة هل يصح ام لا حتى لو شرب من نهر ياخذ من دجلة هل يحنث ام لا قال الشيخ ابو المعين من مشايخنا من قال يصح نيته، لانه نوى اضمار الماء، و اليه ذهب الشيخ ابوبكر الاعمش. و منهم من قال لايصح نيته، لان الماء ثبت مقتضى فلايظهر في حق قبول النية (و ان حلف لايشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء حنث) هذا لفظ القدوري (لانه) اي لان الماء (بعد الاغتراف بقي منسوباً اليه) اي الى دجلة (و هو الشرط) اي شرط الحنث في الشرب كون الماء منسوبا الى دجلة و الماء في الاناء منسوب اليها، فكان الشرط قائماً (فصار كما اذا شرب من نهر ياخذ من دجلة) لان الشرط كون الماء من دجلة. و في الكافي(٢) لو قال لا اشرب من الفرات فشرب من نهر اخذ منه لم يحنث اجماعاً اما عنده فلان يمينه على الكرع، و اما عندهما فلان النسبة(٣) الى الفرات انقطعت فخرج عن عموم المجاز. اما لو قال لا اشرب من ماء الفرات فشرب من نهر اخذ من الفرات حنث لان يمينه على ماء منسوب الى الفرات، و النسبة لاتنقطع بالانهار الصغار. و لو قال لا اشرب ماء فراتاً يحنث لكل ماء عذب في اي موضع كان، و به قال الشافعي رحمه الله تعالى لانه جعله وصفاً للماء، قال الله تعالى و اسقيناكم ماء فراتاً(٤) اي عذباً (و من قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق، و ليس في الكوز ماء لم يحنث) سواء علم بان فيه ماء او لم يعلم (فان كان فيه ماء فاهريق) اي فاريق، و الهاء فيه زائدة (قبل الليل لم يحنث، و هذا) اي عدم الحنث (عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى) و به قال الشافعي في وجه و مالك رحمهما الله تعالى

---

(١) فاريق – ن – فاهريق. (٢) و في الكافي الخ كذا في الفتح ص٤١٢ ج٤. (٣) فلان النسبة انقطعت الخ و في الفتح و الكفاية و اما عندهما فلانه مثل الفرات في امساك الماء فتنقطع النسبة فخرج من عموم المجاز. (٤) ماء فراتا المرسلات ٢٧.

و قال ابويوسف رحمه اللّه تعالى يحنث في ذلك كله، يعني اذا مضى اليوم، و على هذا الخلاف اذا كان اليمين باللّه تعالى، و اصله ان من شرط انعقاد اليمين و بقائه التصور(١) عندهما خلافاً لابي يوسف رحمه اللّه تعالى

(و قال ابويوسف رحمه اللّه تعالى حنث في ذلك كله) اي فيما كان فيه الماء و فيما لم يكن (يعني اذا مضى اليوم) اشار به الى ان اليمين اذا كانت موقتة باليوم (و على هذا الخلاف) المذكور بين الثلاثة (اذا كان اليمين باللّه تعالى) بان قال و اللّه لاشربن الماء الذي في هذا الكوز اليوم و ليس في الكوز ماء، او كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث عندهما خلافا لابي يوسف رحمه اللّه تعالى (و اصله) اي اصل هذا الخلاف (ان من شرط انعقاد اليمين و بقائه التصور عندهما) اي عند ابي حنيفة و محمد رحمهما اللّه تعالى (خلافاً لابي يوسف رحمه اللّه تعالى) و به قال الشافعي رحمه اللّه تعالى في وجه و تحقيق(٢) هذا ان تصور البر شرط لانعقاد اليمين المطلقة عن الوقت، و لبقاء اليمين المقيدة بالوقت عندهما، و عند ابي يوسف لايشترط تصور البر في انعقاد اليمين المطلقة، و لا لبقائه في اليمين المقيدة، و يتفرع(٣) على هذا الخلاف ما لو حلف لايشربن ماء الكوز اليوم فصب قبل مضي اليوم، فعندهما لايبقى يمينه و لايحنث ابداً. و عند ابي يوسف يحنث في آخر جزء من اجزاء الوقت، حتى تجب عليه الكفارة اذا مضى اليوم، و على هذا لو قال ان لم يشرب هذا الماء الذي في هذا الكوز فامرأته طالق فاهريق قبل الليل لم يبق اليمين عندهما و عنده تبقى و يحنث بمضي اليوم و على هذا لو قال لاقتلن فلاناً اليوم فمات فلان قبل مضي الليل لايبقى اليمين عندهما و عنده يبقى و يحنث بمضى اليوم و كذا لو قال ليقتلنه و هو جاهل بموته، و انما شرط جهله لموته، لانه لو علم بموته ينعقد اليمين بالاجماع و يحنث في الحال. و كذا لو حلف لياكلن هذا الرغيف فاكل قبل الليل او قال لاقضين فلانا دينه و فلان قد مات و لا علم به لم ينعقد يمينه عندهما، و عنده ينعقد و يحنث في الحال، و كذا لو قال لاقضين فلانا دينه فابرأه فلان قبله و كذا لو قال لزيد ان رأيت عمروا فلم اعلمك فامرأتي طالق ثم رآه مع زيد فسكت و لم يقل شيئاً او قال هو عمرو لاتطلق عندهما لفوات الاعلام، فلم

(١) التصور - ن - تصور البر (٢) و تحقيق هذا الخ كذا في فتح القدير ص٤١٣ ج٤ و لفظه اصل هذا الخلاف ان تصور البر شرط لانعقاد اليمين المطلقة عن الوقت و لبقاء اليمين المقيدة بالوقت عندهما الى وقت وجود البر و هو قول مالك رحمه اللّه تعالي و وجه عند الشافعية و عند ابي يوسف لايشترط تصور البر في انعقاد اليمين المطلقة و لا لبقاء المقيدة و هو وجه آخر للشافعية رحمهم اللّه تعالى انتهى. (٣) و يتفرع على هذا الخلاف الخ و نحوه في الفتح و البحر ص٣٥٨ ج٤ و مابعده ففيهما فروع كثيرة.

لان اليمين انما تعقد للبر، فلابد من تصور البر ليمكن ايجابه و له انه امكن القول بانعقاده موجباً للبر على وجه يظهر في حق الخلف و هو الكفارة. قلنا لابد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف، و لهذا لاينعقد الغموس موجباً(١) للكفارة و لو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الاول لايحنث عندهما وعند ابي يوسف رحمه الله تعالى يحنث في الحال و في الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعاً فابو يوسف رحمه الله تعالى فرق بين المطلق و الموقت و وجه الفرق ان التاقيت للتوسعة فلايجب الفعل الا في آخر الوقت، فلايحنث قبله.

يبقى اليمين و عنده تطلق لبقاء اليمين و فوات المعقود عليه (لان اليمين انما تعقد للبر فلابد من تصور البر، ليمكن ايجابه) اي ايجاب اليمين (و له) اي و لابي يوسف رحمه الله تعالى (انه امكن القول بانعقاده) حال كونه (موجباً للبر على وجه يظهر في حق الخلف و هو الكفارة) لانه عقد يمينه على فعل في المستقبل، فينعقد. و ان عجز عن تحقيق ما اخبر يظهر في الخلف، كقوله و الله لامس السماء (قلنا لابد من تصور الاصل) اي اصل اليمين (لينعقد في حق الخلف) فاذا لم يتصور الاصل لاينقعد في حق الخلف (و لهذا) و لاصل تصور الاصل لانعقاده في حق الخلف، و هو الكفارة (لاينعقد الغموس) حال كونها (موجبة للكفارة) لانه لما لم يتصور الاصل لايظهر في حق الخلف، و هو الكفارة (فان قلت(٢) البر يتصور في صورة الاراقة، لان من الجائز ان يعيد الله عزوجل تلك القطرات المهراقة في ذلك الكوز. قلت ان البر انما يجب في هذه الصورة في آخر جزء من اجزاء اليوم بحيث لايسع فيه غيره، فلايمكن القول فيه باعادة الماء في الكوز، و شربه في ذلك الزمان (و لو كانت اليمين مطلقة) اي عن ذكر الوقت (ففي الوجه الاول) يعني اذا لم يكن في الكوز ماء (لايحنث عندهما) اي عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (و عند ابي يوسف رحمه الله تعالى يحنث في الحال، و في الوجه الثاني) و هو ان يكون فيه ماء اهريق (يحنث في قولهم جميعاً) اي قول الثلاثة رحمهم الله تعالى (فابويوسف رحمه الله تعالى فرق بين المطلق و الموقت) اي بين اليمين المطلق عن ذكر الموقت، و بين اليمين الموقت بالوقت (و وجه الفرق) اي وجه فرق ابي يوسف رحمه الله تعالى (ان التاقيت للتوسعة) على نفسه حتى يختار الفعل في اي وقت شاء (فلايجب الفعل الا في آخر الوقت) المقدر فما لايمضى ذلك الوقت لايتحقق ترك الفعل، لان الفعل يتعين عليه في آخر جزء الوقت (فلايحنث قبله) فاذا فات الجزء

---

(١) موجبا – ن – موجبة. (٢) فان قلت الخ كذا في العناية.

و في المطلق يجب البر كما فرغ، و قد عجز فيحنث في الحال و هما فرقا بينهما، و وجه الفرق ان في المطلق يجب البر كما فرغ، فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه، كما اذا مات الحالف و الماء باق، اما في الموقت يجب البر في الجزء الاخير من الوقت، و عند ذلك لم يبق(١) محلية البر لعدم التصور، فلايجب البر فيه و تبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء في هذه الحالة. قالا و من حلف ليصعدن السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه و حنث عقيبها. و قال زفر رحمه الله تعالى لاتنعقد لانه مستحيل عادة، فاشبه المستحيل حقيقة، فلاينعقد. و لنا ان البر متصور حقيقة. لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة، الا ترى ان الملائكة يصعدون السماء، و كذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى، و اذا كان

الاخير فلم يفعل يحنث حينئذ (و في المطلق) عن الوقت (يجب البر كما فرغ و قد عجز فيحنث في الحال، و هما) اي ابو حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (فرقا بينهما) اي بين المطلق و الموقت (و وجه الفرق ان في المطلق يجب البر كما فرغ) لانه لم يرد التوسعة على نفسه (فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه، كما اذا مات الحالف و الماء باق) اشار بقوله كما اذا مات الحالف الى ان بقاء المحل شرط للبر كبقاء الحالف (أما في الموقت يجب البر في الجزء الاخير من الوقت و عند ذلك) اي و عند الجزء الأخير (لم يبق محلية البر لعدم التصور فلايجب البر فيه) للعجز (و تبطل اليمين، كما اذا عقده ابتداء) كما عقد اليمين حال كونه مبتدأ (في هذه الحالة) واشار بهذا الى ان وجود المحِل كما هو شرط لانعقاد اليمين كذالك شرط لبقائها (قال) اي القدوري (و من حلف ليصعدن السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهباً انعقدت يمينه و حنث عقيبها) فتجب الكفارة و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في الاظهر، و في وجه هو مع زفر رحمه الله تعالى (و قال زفر رحمه الله تعالى لاتنعقد لانه مستحيل) اي لان صعود السماء او قلب الحجر ذهباً محال (عادة فاشبه المستحيل حقيقة) كما في الحلف على شرب ماء كوز ليس فيه ماء (فلاينعقد) اي اليمين فلايجب شيء (و لنا ان البر متصور حقيقة، لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة) بطريق الكرامة (الا ترى ان الملائكة يصعدون السماء) و كذلك الانبياء عليهم الصلوة و السلام صعدوا(٢) (و كذا) اي و كذا يتصور (تحول الحجر ذهباً بتحويل الله عز و جل) بان يقع ذلك كرامة لبعض الاولياء، و كرامة الاولياء بخلاف العادة حق عندنا (و اذا كان

---

(١) لم يبق – ن – لم تبق. (٢) صعدوا و كذا الجن قال الله تعالى و انا لمسنا السماء –الجن– ٨ فتح القدير.

متصورا ينعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة الحياة، بخلاف مسألة الكوز، لان شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف، و لا ماء فيه لايتصور فلم ينعقد.

باب اليمين في الكلام

متصوراً ينعقد اليمين) حال كونها (موجبا لخلفه) و هو الكفارة، و ذكر الضمير في خلفه بالخاء على تاويل الحلف بالحاء المهملة (ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة) و انما وجب الحنث في الحال لان البر ليس له زمان ينتظر، بخلاف ما قاس عليه زفر رحمه الله تعالى فان شرب ماء كوز ليس فيه ماء لايتصور فظهر الفرق (كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة الحياة) و هو متصور، فينعقد اليمين (بخلاف مسألة الكوز، لان شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف، و لا ماء فيه) اي و الحال انه لا ماء فيه (لايتصور) هو خبر ان في قوله، لان شرب الماء الذي في الكوز، فاذا كان غير متصور (فلم ينعقد) اليمين فان قلت(١) يتصور ان يخلق الله فيه الماء، و قدرته اعظم من ذلك. قلت لو خلق الله تعالى فيه الماء، لايكون هذا الماء هو الذي انعقد عليه اليمين و الله اعلم.

(باب اليمين في الكلام)

هذا باب في بيان احكام اليمين في الكلام. قال قوم الكلام مصدر و فعله كلم محذوف الزوائد نحو سلم سلاماً، و اعطى عطاء، و الدليل على ذلك انه يعمل كسائر المصادر نحو عجبت من كلامك زيداً، حيث نصب زيداً، و لو كان اسماً لم يجز اعماله. و قال الاكثرون انه اسم المصدر، و المصدر الحقيقي التكليم و قال الله تعالى و كلم الله موسى تكليماً(٢) و قال الله تعالى صلوا عليه و سلموا تسليما(٣) فالكلام(٤) و السلام اسمان للمصدر و الكلام في اللغة عبارة عن الكلم(٥) و هو الجرح، و يجمع على كلوم و كلام بالكسر. و في اصطلاح النحاة الكلام ما

(١) فان قلت الخ كذا في الفتح ص٤١٦ ج٤. (٢) تكليما - النساء - ١٦٤. (٣) تسليما - الاحزاب - ٥٦. (٤) فالكلام الخ راجع للمباحث المتعلقة بالكلمة و الكلام كشاف اصطلاحات الفنون ص١٢٦٧ الى ص١٢٧٣ ج٢. (٥) الكلم و هو الجرح من باب نصر و ضرب و في كشاف اصطلاح الفنون و قال الاصوليون الكلام ما انتظم من الحروف المسموعة المتواضع عليها الصادرة عن مختار واحد و الحروف فصل عن الحرف الواحد فانه لايسمى كلاما و المسموعة فصل المكتوبة و المعقولة و المتواضع عليها من المهمل و الصادرة الخ عن الصادر من اكثر من واحد كما لو صدر بعض الحروف عن واحد و البعض من آخر و مخرج الكلام الذي على حرف واحد =>

قال و من حلف لايكلم فلانا فكلمه و هو بحيث يسمع، الا انه نائم حنث، لانه قد كلمه و وصل الى سمعه، لكنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه، و هو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله و في بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه. و عليه مشايخنا رحمهم الله تعالى لانه اذا لم يتنبه كان كما اذا ناداه من بعيد، و هو بحيث لايسمع صوته

تضمن كلمتين بالاسناد و في اصطلاح الفقهاء الكلام الذي هو التكليم عبارة عن اسماعه كلامه لغيره. و عبارة ايضا عن اسماع نفسه و في المحيط الكلام حقيقة اسم لما ينافي السكوت و الخرس. و لكن في العرف اسم لحروف منطوقة مفهومة باصوات مقطعة مسموعة. (قال) اي القدوري رحمه الله تعالى (و من حلف لايكلم فلانا فكلمه و هو بحيث يسمع الا انه) اي الا أن فلاناً (نائم حنث) و به قال الشافعي و احمد و مالك رحمهم الله تعالى في رواية (لانه قد كلمه و وصل الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه، فصار كما اذا ناداه و هو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله) اذ التكليم(١) عبارة عن اسماع كلامه كما في تكليم نفسه فانه عبارة عن اسماع نفسه الا ان اسماع الغير امر باطن لايوقف عليه، فاقيم السبب المؤدى به مقامه و هو ان يكون بحيث لواصغى اليه اذنه و لم يكن به مانع من السماع لسمع و دار الحكم معه و سقط اعتبار حقيقة السماع، كذا ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله تعالى (و في بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه) اي شرط ايقاظ فلان الذي حلف انه لايكلمه، فانه قال فناداه و ايقظه حيث شرط الايقاظ، و به قال مالك رحمه الله تعالى في رواية. و ذكر في بعض الروايات فناداه او ايقظه فهذا يدل على انه متى ناداه يحنث، و ان لم يوقظه، كذا في المبسوطين. ثم ذكر السرخسي(٢) في مبسوطه، و الاظهر انه لايحنث اذا لم يوقظه، لان النائم كالغائب (و عليه) اي على شرط الايقاظ (مشايخنا رحمهم الله تعالى لانه اذا لم يتنبه كان كما اذا ناداه عن بعيد و هو بحيث لايسمع صوته) فيكون مناديا لا متكلما فلايحنث في يمينه و في التحفة و لو كان نائما فناداه ان ايقظه حنث في يمينه لانه اسمعه كلامه، و ان لم يوقظه لم يحنث، و هو الصحيح، لان الانسان لايعد مكلما للنائم. و قيل المسألة على الخلاف، فان عند ابي حنيفة يحنث، لانه يجعل النائم كالمتنبه و عندهما لايحنث. و في الذخيرة(٣) لايحنث حتى يكلم بكلام مستانف بعد اليمين منقطع عنها لا متصل فان كان موصولا لم يحنث، كما لو قال ان كلمتك فانت طالق فاذهبي و

=> مثل ق د ر اللهم الا ان يراد اعم من الملفوظة و المقدرة هكذا في بعض كتب الاصول انتهى. (١) اذ التكليم الخ كذا في العناية و الكفاية و راجع لبحث الكلام المغنى ص٣٢٦ ج١١ و التكملة لشرح المهذب ص٨٤ ج١٨.
(٢) السرخسي باب اليمين في الكلام ص٢٢ ج٩. (٣) و في الذخيرة الخ كذا في الفتح ص٤١٨ ج٤.

و لو حلف لايكلمه الا باذنه فاذن له و لم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث، لان الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام

قومي او اخرجي او شتمها او زجرها متصلاً، لان هذا من تمام الكلام الاول، فلايكون مراداً باليمين، و هو وجه لاصحاب الشافعي و ا حمد رحمهما الله تعالى و لو سلم على قوم هو فيهم حنث الا ان لايعينه بالسلام فيصدق ديانة لا قضاء. و عند الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى يصدق قضاء ايضا. و قال المزني يحنث. و لو قال السلام عليكم الا على واحد لايحنث، خلافا للشافعي و احمد رحمهما الله تعالى و هذا اذا سلم خارج الصلاة و لو سلم(١) في الصلاة و المحلوف عليه معه في الصلاة فان كان اماماً قيل ان كان المحلوف على يمينه لايحنث، و ان كان على يساره يحنث، و روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى انه لايحنث في التسليمتين، و هو الصحيح، و ان كان مؤتما فعلى هذا التفصيل على قولهما. و عند محمد رحمه الله تعالى يحنث سواء كان على يمينه او على يساره، و به قال مالك رحمه الله تعالى و لو اقتدى الحالف بالمحلوف عليه في الصلاة فسهى فسبح به الحالف او فتح عليه بالقراءة لم يحنث، و خارج الصلاة يحنث، و به قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى و لو حلف لايكلم فلاناً فقرع فلان الباب فقال من هذا، ذكر القدوري انه يحنث، و ذكر ابو الليث في النوازل لو قال بالفارسية(٢) - كيست - لايحنث و لو قال - كى تو - يحنث، و به اخذ، و هو المختار و لو ناداه المحلوف عليه، فقال لبيك او لبى يحنث. و لو كتب اليه كتابا او ارسل رسولاً لايحنث، و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في الجديد، و اختاره المزني. و قال في القديم يحنث، و به قال(٣) مالك و احمد رحمهما الله تعالى (و لو حلف لايكلمه الا باذنه فاذن له و لم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث) و به قال مالك(٤) و احمد و الشافعي رحمهم الله تعالى في وجه. و في شرح الاقطع هذا هو المشهور من قولهم، أي من قول اصحابنا، و عند ابي يوسف رحمه الله تعالى انه لايحنث، و به قال الشافعي رحمه الله تعالى (لان الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام) و منه قوله تعالى و

---

(١) و لو سلم الخ كذا في فتح القدير ص٤١٨ ج٤. (٢) بالفارسية الخ كذا في الفتح و في الفتاوى الهندية ص٩٨ ج٢ فقال الحالف (في جواب فلان قرع الباب) كيست (اي من) او قال كيست اين (من هذا) او قال كيست آن (من ذاك) قال بعضهم لايحنث الا ان يقول كى تو هو المختار و في فتاوى قاضي خان ص١٠١ ج٢ حلف ان لايكلم فلانا فقرع فلان الباب فقال الحالف كيست او قال كيست آن او كيست اين قال بعضهم يحنث في الوجوه كلها و قال بعضهم لايحنث الا ان يقول كى تو هو المختار لانه خاطبه بخلاف ما تقدم. (٣) و به قال مالك الخ كذا في المغنى ص٣٢٦ ج١١ و تكملة شرح المهذب ص٨٨ ج١٨. (٤) و به قال مالك الخ كذا في =>

او من الوقوع في الاذن و كل ذلك لايتحقق الا بالسماع. و قال ابويوسف رحمه الله تعالى لايحنث، لان الاذن هو الاطلاق، و انه يتم بالاذن كالرضاء. قلنا الرضاء من اعمال القلب و لا كذلك الاذن على ما مر. قال و ان حلف لايكلمه شهراً فهو من حين حلف، لانه لو لم يذكر الشهر تتأبد(١) اليمين، و ذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلاً

اذان من الله و رسوله(٢) اي اعلام (او من الوقوع في الاذن) اي او ان الاذن مشتق(٣) من الوقوع في الاذن ليسمعه (و كل ذلك) اي الاذن من الاذان او من الوقوع في الاذن (لايتحقق الا بالسماع) و اعترض(٤) بانه لو كان كذلك لما صار العبد ماذونا اذا اذن له مولاه، و هو لايعلم لكنه يكون ماذونا، فلم يكن الاذن محتاجاً الى الوقوع في الاذن. و اجيب بان الاذن هذا فك الحجر في حق العبد و العبد يتصرف باهلية نفسه و مالكيته فيثبت بمجرد الاذن. و اما في اليمين و قد حرم كلامه الا باذنه، فصار الاذن مثبتاً لاباحة الكلام، فلابد من الاعلام بذالك (و قال ابويوسف رحمه الله لايحنث، لان الاذن هو الاطلاق، و انه يتم بالآذن) على وزن الفاعل (كالرضاء) يعني اذا حلف لايكلمه الا برضاه، فرضي المحلوف عليه بالاستثناء و لم يعلم الحالف فكلمه لايحنث، لما ان الرضي يتم بالراضي، و كذلك الاذن يتم بالآذن (قلنا الرضاء من اعمال القلب) فيتم بالراضي (و لا كذلك الاذن على ما مر) من انه اما من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن فذلك يقتضي السماع و لم يوجد. و نقل في تتمة الفتاوى و الفتاوى الصغرى عن أيمان النوازل حلف لاتخرج امرأته الا باذنه فاذن لها من حيث لاتسمع لايكون اذنا في قول ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال ابويوسف و زفر رحمهما الله تعالى هذا اذن. و قال نصير بن يحيى كتبت الى البلخي اسأله عما يختار في هذه المسألة، فكتب الى ان لا اختلاف في هذه المسألة و هو اذن اجماعاً، انما الاختلاف فيمن يقول لاتخرجني الا بامري لان الاذن يكون اذنا بدون السماع، و اما الامر فلا يكون اذنا بدون السماع. قال نصير الا ان اباسليمان ذكر الاختلاف في الاذن و هكذا القدوري في ايمانه (قال) اي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و ان حلف لايكلمه شهراً فهو من حين حلف) اي اعتبار الشهر من زمان الحلف (لانه) اي لان الحالف (لو لم يذكر الشهر تتأبد اليمين) لان النكرة تعم في موضع النفي (فذكر الشهر لاخراج ما وراءه) اي ماوراء الشهر (فبقى الذي يلي يمينه داخلاً) اي فبقى الشهر

=> المغنى ص٣١١ ج١١. (١) تتأبد - ن - لتأبد. (٢) و رسوله - التوبة - ٣. (٣) مشتق - اي بالاشتقاق الكبير - فتح. (٤) و اعترض الخ كذا في الشروح الثلاثة.

عملا بدلالة حاله، بخلاف ما اذا قال و الله لاصومن شهراً، لانه لو لم يذكر الشهر لايتأبد(١) اليمين، فكان ذكره لتقدير الصوم به، و انه منكر فالتعيين اليه، و ان حلف لايتكلم فقرأ القرآن في صلاته لايحنث، و ان قرأ في غير صلاته حنث، و على هذا التسبيح و التهليل و التكبير، و في القياس يحنث فيهما، و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى لانه كلام حقيقة. و لنا انه في الصلاة ليس بكلام عرفا و لا شرعاً،

الذي يلي يمينه داخلاً في الايجاب (عملا بدلالة حاله)(٢) اي حال الحالف، لانه الحامل على هذه اليمين الغليظ الذي لحقه في الحال، فكان مراده ان لايكلمه في هذه الحالة (بخلاف ما اذا قال و الله لاصومن شهراً لانه لو لم يذكر الشهر لايتأبد اليمين، فكان ذكره) اي ذكر الشهر (لتقدير الصوم به) اي بالشهر (و انه) و ان الشهر (منكر فالتعيين اليه) اي الى الحالف فله ان يعين اي شهر شاء مطلقاً متتابعاً او متفرقا هذا في الصوم، اما في الاعتكاف فانه يعين اي شهر شاء، و يلزمه التتابع لان التتابع فيه اصل ليلاً و نهاراً، الا انه اذا قال في الشهر دون الليالي، فحينئذ له ان يفرق بخلاف الصوم فان التفريق فيه اصل، لانه لم يوجد الا في الشهر خاصة، الا اذا قال متتابعاً فيلزمه التتابع، و نظير المسالة الاولى ما اذا آجر داره شهراً كان المراد منه الشهر الذي يلي العقد لانه لو لم يذكر الشهر ينصرف العقد الى الابد لكنه يكون فاسداً فكان الشهر لاخراج ما وراءه، فبقى الشهر متصلاً بالايجاب بحكم اصل الايجاب (و لو حلف لايتكلم فقرأ القرآن في صلاته لايحنث، و ان قرأ في غير صلاته حنث، و على هذا) اي و على هذا التفصيل (التسبيح و التهليل و التكبير) يعني اذا حلف لايتكلم فقال سبحان الله، او قال لا اله الا الله، او قال الله اكبر، فان كان في الصلاة لايحنث، و ان كان خارج الصلاة يحنث (و في القياس يحنث فيهما) اي في الصلاة و خارجها بالتسبيح و اختيه (و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى) و به قال احمد رحمه الله تعالى (لانه كلام حقيقة) لان الكلام(٣) اسم لحروف منطوقة مفهومة باصوات مقطعة مسموعة فيكون قارئ القرآن او المسبح او المهلل او المكبر متكلماً لا محالة (و لنا انه) اي ان كل واحد من هذه (في الصلاة ليس بكلام عرفاً و لا شرعاً) اما عرفاً فلان الانسان لايحلف على ترك الكلام كي يترك الصلاة، فعلم ان الموجود في الصلاة لايسمى كلاما عرفاً و لان الكلام حرام في

---

(١) لايتأبد - ن - لم تتأبد. (٢) بدلالة حاله و هي الغيظ الذي لحقه في الحال عناية و في الكفاية بدلالة حاله و هو الغيظ الذي لحقه في الحال لان الحامل على اليمين غيظ لحقه منه في الحال فيمنع نفسه عن التكلم معه في الحال انتهى. (٣) لان الكلام الخ و قد مر بيانه قريبا.

قال عليه الصلوة و السلام ان صلاتنا هذه لايصلح فيها شيء من كلام الناس. و قيل في عرفنا لايحنث في غير الصلاة ايضا لانه لايسمى متكلماً بل قارئا و مسبحاً. و لو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل و النهار، لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لايمتد يراد به مطلق الوقت، قال الله تعالى و من يولهم يومئذ دبره و الكلام لايمتد، و ان عني النهار خاصة دين في القضاء

الصلاة، و هذا مباح. و اما شرعاً فقد اشار اليه بقوله (قال عليه الصلوة و السلام) اي قال النبي صلى الله عليه وسلم (ان صلاتنا هذه لايصلح فيها شيء من كلام الناس) هذا الحديث قد مضى في كتاب الصلاة في باب ما يفسد الصلاة(١) و اخرجه مسلم من حديث معاوية بن الحكم السلمي رضي الله تعالى عنه و هو حديث طويل، و فيه ان هذه الصلاة لايصلح فيها شيء من كلام الناس انما هو التسبيح و التكبير و قراءة القرآن (و قيل في عرفنا لايحنث في غير الصلاة ايضا لانه لايسمى متكلما بل قارئا و مسبحاً) قال شيخ السلام لايحنث خارج الصلاة اذا سبح او هلل او كبر، لانصراف يمينه الى كلام الناس، و عليه الفتوى، و به قال احمد رحمه الله تعالى و قال الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى في شرح الجامع الصغير هذا(٢) في عادة اهل العراق، و اما في بلادنا اذا حلف الرجل ان لايتكلم فقرأ القرآن لاينبغي ان يحنث، سواء قرأ في الصلاة او في غير الصلاة، و اليه ذهب الصدر الشهيد و العتابي (و لو قال يوم اكلم فلاناً فامرأته طالق، فهو على الليل و النهار، لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لايمتد يراد به مطلق الوقت، قال الله تعالى و من يولهم يومئذ دبره)(٣) اراد به مطلق الوقت (و الكلام لايمتد)(٤) لانه عرض كما يوجد تلاشى و لا يقبل الامتداد لذاته بل بتجدد الامثال كالضرب و الجلوس و الركوب و غير ذلك، لان الثاني مثل الاول صورة و معنى، فجعل كالغير الممتد اما الكلام الثاني يفيد معنى غير ما يفيده الاول، فلم يستقم فيه القول بتجدد الامثال، فيكون المراد من اليوم مطلق الوقت ليلاً كان او نهاراً فيحنث في يمينه اذا وجد الكلام مطلقاً (و ان عني النهار خاصة) اي و ان قصدت باليوم النهار، و هو زمان ممتد من طلوع الفجر الصادق الى غروب الشمس (دين في القضاء) يعني

---

(١) باب ما يفسد الصلوة - راجع البناية ص٤٦٦ ج٢. (٢) هذا - اي الحنث بالقراءة خارج الصلوة. (٣) يومئذ دبره - الانفال - ١٦. (٤) لايمتد الخ و في الكفاية ص٤٢٢ ج٤ الكلام عرض و العرض لايقبل الامتداد لذاته و انما جعل ممتدا بتجدد امثاله كالضرب و الجلوس و الركوب و غير ذالك الا ان استدامة الركوب و امثاله في المرأة الثانية مثل الاولى من كل وجه فجعل كالعين الممتد اما الكلا الثاني لايكون مثل الاول من كل وجه اذ يكون بعضه خبرا و بعضه امرا و بعضه نهيا فلم يستقم القول فيه بتجدد الامثال انتهى.

لانه مستعمل فيه ايضا. و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه لايدين في القضاء لانه خلاف المتعارف. و لو قال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة، لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة، و ما جاء استعماله في مطلق الوقت و لو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان، أو قال حتى يقدم فلان او قال الا ان ياذن فلان او حتى ياذن فلان فامرأته طالق، فكلمه قبل القدوم و(١) الاذن حنث. و لو كلمه بعد القدوم و الاذن لم يحنث، لانه غاية،

يصدق في الحكم (لانه مستعمل فيه ايضا) اي لان اليوم مستعمل في النهار ايضا لانه نوى حقيقة كلامه (و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه لايدين في القضاء، لانه خلاف المتعارف) اي لان كون النهار مراداً من يوم قرن بفعل لايمتد، خلاف المعروف في العرف (و لو قال ليلة اكلم فلاناً) فامرأته طالق (فهو على الليل خاصة، لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة، و ما جاء استعماله) اي استعمال الليل (في مطلق الوقت) و في المبسوط الليل ضد النهار، قال الله تعالى و هو الذي جعل الليل و النهار خلفة(٢) كما ان النهار مختص بزمان الضياء، فكذا الليل يختص بزمان الظلمة و السواد. فان قلت الليل مستعمل لمطلق الوقت ايضا قال الشاعر(٣)

و كنا حسبنا كل بيضاء شحمة ليالي لاقينا جذاما و حميرا

و المراد مطلق الوقت لا الملاقاة للمحاربة و هي تقع ليلاً و نهاراً و الظاهر كونها في النهار و بعده.

سقيناهم كأسا سقينا بمثلها و لكنهم كانوا على الموت أصبرا

قلت(٤) الشاعر ذكر الليل بلفظ الجمع واحد العددين اذا ذكر بلفظ الجمع يقتضي دخول ما بازائه من العدد. قال الله عزوجل ثلاث ليال و قال ثلاثة ايام الا رمزا(٥) و القصة واحدة، و كلامنا في المفرد (و لو قال ان كلمت فلاناً الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان، او قال الا ان ياذن فلان، او حتى ياذن فلان فامرأته طالق، فكلمه قبل القدوم) اي قبل قدوم فلان (او الاذن) اي او كلمه قبل الاذن حنث (و لو كلمه بعد القدوم و الاذن لم يحنث، لانه غاية) اي لان كل واحد من القدوم

---

(١)و الاذن – ن – او الاذن. (٢) خلفة – الفرقان – ٦٢. (٣) قال الشاعر الخ كذا في الفتح ص٤٢٢ ج٤ و في الكفاية و العناية و كنا حسبنا كل سوداء تمرة – ففيهما كل سوداء تمرة – مكان – كل بيضاء شحمة. (٤) قلت الخ كذا في الفتح و غيره (٥) الا رمزا – آل عمران – ٤١.

و اليمين باقية قبل الغاية و منتهية بعدها، فلايحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين. و ان مات فلان سقطت اليمين، خلافاً لابي يوسف رحمه الله تعالى لان الممنوع عنه كلام ينتهي بالاذن و القدوم و لم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين، و عنده التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية يتأبد اليمين. و من حلف لايكلم عبد فلان و لم ينو عبداً بعينه او امرأة فلان او صديق فلان فباع فلان عبده او بانت منه امرأته او عادي صديقه فكلمهم لم يحنث، لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل

و الاذن غاية، و كلمة حتى للغاية، قال الله تعالى حتى مطلع الفجر(١) و اما كلمة الا ان(٢) هاهنا بمعنى الغاية، لان حقيقة الاستثناء غير مرادة لتعذر استثناء الاذن و القدوم عن الكلام، لانهما ليسا من جنسه، فجعل مجازاً عن الغاية لما بين الاستثناء و الغاية من المشابهة من حيث ان الحكم بعد كل واحد منهما يخالف الحكم قبله (و اليمين باقية قبل الغاية و منتهية بعدها) اي بعد الغاية (فلايحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين) بيانه انه اذا كلمه بعد القدوم، و الاذن لم يحنث، لانه كلمه بعد انتهاء اليمين، و اذا كلمه قبل القدوم و الاذن يحنث، لان شرط الحنث وجد حال بقاء اليمين. (و ان مات فلان) يعني الذي اسند اليه القدوم او الاذن (سقطت اليمين) لانتفاء تصور البر (خلافاً لابي يوسف رحمه الله تعالى) فانه قال يبقى اليمين مؤبدة بعد سقوط الغاية (لان الممنوع عنه) اي عن الحالف (كلام ينتهي بالاذن و القدوم و لم يبق بعد الموت متصور الوجود، فسقطت اليمين) فان قلت(٣) اعادة الحياة ممكنة، فكان الواجب أن لايبطل اليمين انعقدت على القدوم او الاذن في حياة القائمة لا المعادة بعد موته، و لهذا قلنا اذا قال لاقتلن فلاناً و فلان ميت، و لم يعلم الحالف بموته لاينعقد اليمين لانها وقعت على الحيوة القائمة. فان قلت اعادة عين الروح ممكن، قلنا الحياة غير الروح، لان الله تعالى حي و ليس له روح، كذا نقل عن العلامة مولانا حميد الدين رحمه الله تعالى (و عنده) اي عند ابي يوسف رحمه الله تعالى (التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية) و هي الاذن و القدوم (يتأبد اليمين) و قد مر الكلام في بيان هذا الاصل بينهم (و من حلف لايكلم عبد فلان و لم ينو عبداً بعينه او امرأة فلان) اي او حلف لايكلم امرأة فلان (او صديق فلان) اي او حلف لايكلم صديق فلان (فباع فلان عبده او بانت منه امرأته او عادى صديقه فكلمهم) اي فكلم العبد في المسالة الاولى او المرأة في المسألة الثانية او صديق فلان في المسالة الثالثة (لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل

---

(١) مطلع الفجر - القدر - ٥. (٢) الا ان - الخ قال الله تعالى الا ان تغمضوا فيه - البقرة و كذا قوله تعالى الا ان يؤذن لكم - الاحزاب - راجع الكفاية ص٤٢٣ ج٤. (٣) فان قلت الخ كذا في العناية و الفتح.

مضاف الى فلان، اما اضافة ملك او اضافة نسبة و لم يوجد فلايحنث قال

مضاف الى فلان، اما اضافة ملك) كما في المسألة الاولى (او اضافة نسبة) كما في المسألتين الأخريين (و لم يوجد) واحد منهما (فلايحنث) الاصل(١) في جنس هذه المسائل انه متى عقد يمينه على فعل في محل منسوب الى الغير بالملك يراعي للحنث وجود النسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه، و لامعتبر بالنسبة وقت اليمين اذا لم توجد وقت وجود الفعل المحلوف عليه، و ان كان منسوبا الى الغير لا بالملك يراعى وجود النسبة وقت اليمين، و لامعتبر بها وقت وجود الفعل المحلوف عليه مثال الاول و هو قوله لايكلم عبد فلان، و كذا لايدخل دار فلان او لايركب دابته او لاياكل طعامه او لايلبس ثوبه فاذا زال الملك و وجد الكلام او الدخول او الركوب او اكل الطعام او لبس الثوب لايحنث. و مثال الثاني هو قوله لايكلم امرأة فلان او صديق فلان فابانها فلان، او عادي صديقه فكلمهم يحنث، و وجه الفرق في الفصل الاول الحامل على اليمين معنى في المالك لان هذه الاشياء لاتعادي لعينها و في الفصل الثاني معنى في هؤلاء و تعادي عادة بمعني فيهم لان الاذى متصور منهم فان قيل(٢) يشكل هذا بعبد فلان فان الاذى متصور منه، كما في هولاء. قلنا ذكر ابن سماعة في نوادره ان في العبد يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لهذا و وجه ظاهر الرواية ان العبد مملوك ساقط الاعتبار عند الاحراز ملحق بالجمادات، و لهذا يباع في الاسواق كالبهائم، و الظاهر انه اذا كان الاذى منه لايقصد هجرانه باليمين، بل يقصد سيده، كذا في المبسوط و الذخيرة. فان قلت اذا لم يكن له زوجة و لاصديق ثم استحدث الصديق او الزوجة، ثم كلم ما يكون حكمه. قلت لم يذكر هذا في الجامع الصغير، قالوا على قياس قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى يحنث. و اما محمد رحمه الله تعالى فقد قال في الزيادات لايحنث. و قال فخر الاسلام رحمه الله تعالى في شرح الجامع الصغير يحتمل ان يكون قول ابي يوسف رحمه الله تعالى مثل ما قال ابوحنيفة رحمه الله تعالى و ان وجدت الاشارة مع ذلك بان قال لا اكلم صديق فلان هذا و زوجة فلان هذه ثم زالت الزوجية و الصداقة ثم كلم حنث في قولهم، لان ذكر النسبة للتعريف كالاشارة فكانت الاشارة اولى(٣) (قال) اي المصنف رحمة

---

(١) الاصل الخ راجع الفتح ص٤٢٥ ج٤. (٢) فان قيل الخ كذا في الفتح. (٣) فكانت الاشارة اولى و في الفتح فاما اذا عينه فذكر الاشارة بان قال عبد فلان هذا او داره هذه او امرأته هذه او صديقه هذا فباع العبد و الدار و طلق و عادى فكلمه و دخل لم يحنث في المملوك من العبد و الدار و حنث في غيره من المرأة و الصديق عند ابي حنيفة و ابي يوسف و عند محمد و زفر يحنث في الكل و هو قول الشافعي و احمد و مالك رحمهم الله تعالى اجمعين لان الاضافة في الكل للتعريف كما قدمنا و الاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة الخ.

هذا في اضافة الملك بالاتفاق و في اضافة النسبة عند محمد رحمه الله تعالى يحنث كالمرأة و الصديق. قال في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف، لان المرأة و الصديق مقصودان بالهجران فلايشترط دوامها فيتعلق الحكم بعينه، كما في الاشارة. و وجه ما ذكر هاهنا و هو رواية الجامع الصغير انه يحتمل ان يكون غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه، و لهذا لم يعينه، فلايحنث بعد زوال الاضافة بالشك. و ان كانت يمينه على عبد بعينه بان قال عبد فلان هذا او امرأة فلان بعينها او صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد و حنث في المرأة و الصديق، و هذا قول ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى يحنث في العبد ايضا و هو

الله تعالى (هذا) اي عدم الحنث (في اضافة الملك بالاتفاق) بين الثلاثة (و في اضافة النسبة عند محمد رحمه الله تعالى يحنث كالمرأة و الصديق) بيانه ان عند محمد رحمه الله تعالى يعتبر وجود النسبة وقت الحلف، فعلى هذا اذا طلق امرأته او عادي صديقه يحنث عند محمد رحمه الله تعالى (قال في الزيادات) و اشار الى بيان وجه هذا بقوله (لان هذه الاضافة للتعريف لان المرأة و الصديق مقصودان بالهجران، فلايشترط دوامها) اي دوام اضافة المرأة الى الزوج، و اضافة الصديق الى فلان، لان ما كان للتعريف لايشترط دوامه للاستغناء عنه بعد التعريف (فيتعلق الحكم بعينه) اي يتعلق حكم الحنث بعين المقصود و هو المرأة او الصديق (كما في الاشارة) بان قال لا اكلم صديق فلان هذا او زوجة فلان هذه (و وجه ما ذكر هاهنا) و هو عدم الحنث بعد زوال الملك و النسبة و هو قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى (و هو رواية الجامع الصغير(١) انه يحتمل ان يكون غرضه هجرانه) اي غرض الحالف هجران المضاف (لاجل المضاف اليه و لهذا) اي و لاجل ان غرض الحالف هو ان المضاف لاجل المضاف اليه (لم يعينه) اي لم يعين المضاف حيث لم يقل صديق فلان هذا، او امرأة فلان هذه (فلايحنث بعد زوال الاضافة بالشك) لاحتمال ان يكون هجرانه لاجل المضاف اليه (و ان كانت يمينه على عبد بعينه بان قال عبد فلان هذا، او امرأة فلان بعينها) اي او قال امرأة فلان هذه (او صديق فلان بعينه) اي او قال صديق فلان بعينه (لم يحنث في العبد و حنث في المرأة و الصديق و هذا) اي عدم الحنث (قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى و ابي يوسف رحمه الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى يحنث في العبد ايضا و هو

---

(١) و هو رواية الجامع الصغير الخ و في العناية ص٤٢٥ ج٤ فانه ذكر قول محمد في الزيادات و قول ابي حنيفة في الجامع الصغير و لم يذكر لابي يوسف قول و قال فخر الاسلام يحتمل ان يكون قول ابي يوسف مثل قول =>

قول زفر رحمه الله تعالى و ان حلف لايدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذ الاختلاف. وجه قول محمد و زفر رحمهما الله تعالى ان الاضافة للتعريف و الاشارة ابلغ منها، لكونها قاطعة للشركة بخلاف الاضافة، فاعتبرت الاشارة، و لغت الاضافة و صار كالصديق و المرأة. و لهما ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه، لان هذه الاعيان لاتهجر و لاتعادى لذواتها، و كذا العبد لسقوط منزلته،

قول زفر رحمه الله تعالى) و به قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى (و ان حلف لايدخل دار فلان هذه فباعها) فلان (ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف) اي عند محمد رحمه الله تعالى يحنث في الدار المشار اليها اذا بيعت ثم وجد الدخول كما في العبد المشار اليه اذا بيع ثم كلمه و عندهما لايحنث، لان العبد و الدار لايصلحان للمعاداة، اما الدار فظاهر، و اما العبد فلانه لايعادى لدنائته و سقوط منزلته، و انما يهجران لمعنى في صاحبها، فاذا زال الملك ثم وجد الفعل لايحنث بخلاف المرأة و الصديق، فانهما يصلحان للمعاداة، فكيف و قد اشار اليهما فيحنث بعد زوال الزوجية و الصداقة (وجه قول محمد و زفر رحمهما الله تعالى ان الاضافة للتعريف و الاشارة ابلغ منها) اي من الاضافة التي للتعريف (لكونها) اي لكون الاشارة (قاطعة للشركة) لكونها بمنزلة وضع اليد عليه (بخلاف الاضافة) لجواز ان يكون لفلان عبيد فاذا كان كذلك (فاعتبرت الاشارة و لغت الاضافة، و صار كالصديق و المرأة) اي و صار العبد المشار اليه كالصديق و المرأة، اشار اليهما عند محمد و زفر رحمهما الله تعالى و كذا عند الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى (و لهما) اي و لابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى (ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه) يعني لانسلم ان الاضافة للتعريف، بل لبيان ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه (لان هذه الاعيان) اي الدابة، اي حيوان كان، و الدار و الثوب (لا تهجر و لاتعادي لذواتها، و كذا العبد) لايهجر لذاته (لسقوط منزلته) فان قيل(١) تحتمل ان تعادي لذاتها على ما قيل و جاء الخبر بان الشؤم(٢) في ثلاث في الدار و المرأة و

=> ابي حنيفة انه يحتمل ان يكون غرضه هجرانه اي كل واحد من المرأة و الصديق لاجل المضاف اليه و لهذا لم يعينه و يحتمل ان لا يكون فلايحنث بعد زوال الاضافة بالشك انتهى. (١) فان قيل الخ كذا في العناية و الكفاية. (٢) ان الشؤم في ثلاث الخ هذا هذا حديث عبدالله بن عمر رضي الله تعالى عنه مرفوعا اخرجه البخاري كتاب الجهاد باب ما يذكر من شؤم الفرس ص٤٠٠ ج١ و كذا في كتاب النكاح - باب ما يتقى من شؤم المرأة ص٧٦٣ ج٢ و كتاب الطب باب الطيرة ص٨٥٦ ج٢ و مسلم عن ابن عمر باب الطيرة و الفال ص٢٣٢ ج٢ و ابوداود كتاب الطب باب في الطيرة و الخط ص١٩١ ج٢ عن ابن عمر و سعد بن مالك رضي الله تعالى =>

بل لمعنى في ملاكها فتتقيد(١) اليمين بحال قيام الملك، بخلاف ماا اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق و المرأة، لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف و الداعي لمعنى في المضاف غير ظاهر لعدم التعيين(٢) بخلاف ما تقدم. قال و ان حلف لايكلم صاحب هذا الطيلسان

الفرس قلنا ذاك احتمال لم يقترن به العرف و العادة فان في العادة لايعادي لذاتها بل لسبب آخر و هو غير معلوم، و فيما نحن فيه تعادي بسبب اربابها عرفاً، و هو معنى قوله (بل لمعنى في ملاكها) اي يعادي و يهجر هذه الاشياء لاجل معنى في ملاكها بضم الميم و تشديد اللام، فاذا كان كذلك (فتتقيد اليمين بحال قيام الملك) لقيام المعنى الداعي اذ ذاك (بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة، كالصديق و المرأة لانه) اي لان كل واحد منهما (يعادي لذاته) و هو ظاهر (فكانت الاضافة للتعريف و الداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين) يعني الداعي الى المعنى الذي في المضاف اليه غير متعين(٣) للهجران، لانه يهجر لذاته لما ذكر ان الحر يهجر عادة لعينه، و قد يهجر لغيره فاذا جمع بين الاضافة و الاشارة تعين الهجران لعينه، و لان في اعتبار الهجران لغيره لغت الاشارة (بخلاف ما تقدم) و هي مسألة العبد لما ذكرنا من تعين الهجران من جهة الاضافة (قال) اي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و ان حلف لايكلم صاحب هذا الطيلسان) و هو تعريب تيلسان و جمعه طيالسة، و الهاء في الجمع للعجمة، لانه فارسي معرب و هو من لباس العجم مدور اسود و في جمع التفاريق الطيالسة لحمتها و سداها صوف، و في المغرب(٤) الطيلسان تعريب تالشان و هو لباس العجم، و منه قولهم في الشتم يا ابن الطيلسان، يراد انك عجمي. و الطيلس لغة فيه قال مرار(٥) (بفتح الميم و تشديد

==> عنهما مرفوعا و الترمذي كتاب الادب باب ما جاء في الشوم ص١٠٥ ج٢ و النسائي كتاب الخيل باب شوم الخيل ص١١٢٢ج٢ و ابن ماجة كتاب النكاح باب ما يكون فيه اليمن و الشوم عن ابن عمر و سهل بن سعد رضي الله تعالى عنهما ص١٤٤ و المؤطا لمالك و المسند لاحمد رحمهما الله تعالى. (١) فتقيد – ن – فتتقيد. (٢) التعيين – ن – التعين. (٣) غير متعين للهجران لكون المضاف ايضا صالحا لذلك – العناية. (٤) المغرب ص٢٣ ج٢ و نحوه في فتح القدير و اللسان و تاج العروس. (٥) قال مرار الخ و في تاج العروس ص١٧٩ ج٤ و الطيلس كحيدر الطيلسان قال المرار الفقعسي فرفعت راسي الخ و في حاشية المغرب البيت في التاج و تكملة الصاغاني للمرار بن سعيد الفقعسي و اما المرار بن منقذ فهو عدوي حنظلي اسمه زياد و لقب بالمرار و كلاهما شاعر اموي. و في حاشية اللسان ايضا قال المرار بن سعيد الفقعسي و في التاج و القاموس و الطيلسان مثلثة اللام عن عياض في المشارق وغيره كالليث و لم يذكر الكسر الا الليث ان الاصمعي انكر الكسر و نسبه ==>

فباعه ثم كلمه حنث، لان هذه الاضافة لاتحتمل الا التعريف، لان الانسان لايعادى لمعنى في الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه. و من حلف لايكلم هذا الشاب فكلمه و قد صار شيخاً حنث، لان الحكم تعلق بالمشار اليه، اذ الصفة في الحاضر لغو، و هذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على ما مر من قبل.

فصل

الراء) بن منقذ

فرفعت راسي للخيال فما ارى غير المطى و ظلمة كالطيلس

(فباعه) اي فباع صاحب الطيلسان طيلسانه (ثم كلمه حنث، لان هذه الاضافة لاتحتمل الا التعريف، لان الانسان لايعادي لمعنى في الطيلسان فصار كما اذا شار اليه) اي الى صاحب الطيلسان، فتعلقت اليمين به، و ان كلم المشتري لايحنث (و من حلف لايكلم هذا الشاب فكلمه و قد صار شيخاً) اي و الحال انه قد صار شيخاً و قد علم ان الجملة الفعلية الماضية اذا وقعت حالاً لابد فيها من ذكر قد، و قد يحذف (حنث، لان الحكم تعلق بالمشار اليه، اذ الصفة في الحاضر لغو) و في الغائب معتبرة، الا اذا كانت الصفة داعية الى اليمين، فحينئذ تعتبر و تتقيد اليمين بتلك الصفة، كما اذا حلف لاياكل بسراً فاكل بعد ما صار رطباً، او حلف لاياكل رطباً فاكل بعد ما صار تمراً لايحنث لتقيد اليمين بصفة البسورة او الرطوبة، لان تلك الصفة داعية الى اليمين و هنا صفة الشاب لم تعتبر داعية، لان هجران الصغار مهجور شرعاً لقوله عليه الصلوة و السلام من لم يرحم صغيرنا و لم يوقر كبيرنا فليس منا(١) فلو اعتبرت الصفة داعية يلزم هجران المهجور شرعاً فلايجوز ذلك (و هذه الصفة ليست بداعية الى اليمين) هذا جواب عن سؤال مقدر يره على ما قبله و قد اندرج بيانه فيما ذكرناه الآن (على ما مر من قبل) اي في اول باب اليمين في الاكل و الشرب في مسالة(٢) لاياكل لحم هذا الحمل.

(فصل)

اي هذا فصل في بيان مسائل متعلقة بالباب المذكور، و انما ذكر لفظ فصل، و لم يذكر لفظ باب، لان مسائله داخلة في الباب المذكور بالتبعية. قال الكاكي و مسائل هذا الفصل في الكلام

==> الجوهري الى العامة الخ. (١) فليس منا - قد سبق تخريج هذا الحديث في الحاشية في اوائل باب اليمين في الاكل و الشرب بان الترمذي اخرجه في ابواب البر ص١٤ ج٢ و ابوداود في كتاب الادب ص٣٢٨ ج٢. (٢) في مسئلة الخ بل قبيل هذه المسألة و لفظه بخلاف ما اذا حلف لايكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ الخ.

قال و من حلف لايكلم حيناً او زماناً او الحين او الزمان، فهو على ستة اشهر، لان الحين قد يراد به الزمان القليل، و قد يراد به اربعون سنة، قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر

ايضا، الا انها تتعلق بالزمان و ما قبلها متعلق بالاعيان، فالاعيان اصل و الازمان تابع له، انتهى. و في قوله تابع له نظر لايخفى، و الترجيح بلادليل لايجوز (قال) اي القدوري (و من حلف لايكلم حيناً(١) او زماناً) اي او قال لايكلمه زمانا (او الحين) اي او قال لايكلمه الحين بالالف و اللام (أو الزمان) اي او قال لايكلمه الزمان معرفا (فهو) اي حلفه واقع (على ستة اشهر) و به قال احمد رحمه الله تعالى و قال الشافعي رحمه الله تعالى ادنى مدة، و هو ساعة واحدة لانه ثابت بيقين. و في شرح الاقطع قال الشافعي رحمه الله تعالى اذا حلف على نفي فيمينه على ساعة واحدة. و ان حلف على الاثبات ففعل ذلك في آخر عمره جاز. و قال مالك رحمه الله تعالى يحمل على سنة. قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين(٢) و المراد بها سنة و لانه الوسط من المدة. قلنا المراد من قوله كل حين ستة اشهر، كذا قاله ابن عباس(٣) رضي الله عنهما لان من حين يخرج الطلع الى ان يدرك التمر ستة فكان هو الوسط، فعند الاطلاق يحمل على الوسط، فخير الامور اوساطها(٤) (لان الحين قد يراد به الزمان القليل) قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون(٥) و حين تصبحون و المراد به وقت الصلاة (و قد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر)(٦) قال اهل التفسير المراد به اربعون سنة

---

(١) حينا الخ راجع المغني ص٣٠٢ ج١١ و تكملة المجموع ص١٠٠ ج١٨ و اعلاء السنن ص٤٥٧ ج١١. (٢) كل حين ابراهيم ٢٥. (٣) قال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما - اخرجه ابن حزم في المحلى ص٥٨ ج٨ بسند صحيح و قال و هو قول سعيد بن جبير و الشعبي و عكرمة و عمر بن عبدالعزيز و به يقول ابوحنيفة و الاوزاعي و ابوعبيد الخ كذا في اعلاء السنن ص٤٥٧ ج١١ و في المغني ص٣٠٢ ج١١ و لنا ان الحين المطلق في كلام اقله ستة اشهر قال عكرمة و سعيد بن جبير و ابوعبيد في قوله تعالى تؤتي اكلها كل حين. انه ستة اشهر فيحمل مطلق كلام الآدمي على مطلق كلام الله تعالى و لانه قول ابن عباس رضي الله تعالى عنه و لانعلم له مخالفا في الصحابة رضي الله تعالى عنهم و ما استشهدوا به من المطلق في كلام الله تعالى فما ذكرناه اقله فيحمل عليه لانه اليقين انتهى. (٤) فخير الامور اوساطها هذا اثر منقطع اخرجه البيهقي في سننه كتاب صلوة الخوف باب ما ورد من التشديد في لبس الخز ص٢٧٣ ج٣ و لفظه قال عمرو بن الحارث بلغني ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال و خير الامور اوساطها. و له مآخذ كثيرة ذكرت في الموسوعة لاطراف الحديث النبوي ص٦٤٣ ج٤ من الاتحاف للزبيدي و الشفا للقاضي عياض و تفسير القرطبي و الدرر المنتثرة للسيوطي وغير ذالك (٥) تمسون الروم ١٧ (٦) من الدهر - الدهر - ١.

و قد يراد به ستة اشهر، قال الله تعالى تؤتى اكلها كل حين و هذا هو الوسط، فينصرف اليه، و هذا لان اليسير لايقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة و المديد لايقصد به غالباً، لانه بمنزلة الابد، و لو سكت عنه يتابد فيتعين ما ذكرنا، و كذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين

(و قد يراد به ستة اشهر، قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين)(١) و قد ذكرنا الآن عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه انه ستة اشهر (و هذا هو الوسط) اي الحين الذي بمعنى ستة اشهر هو الوسط، و قد مر الآن، فاذا كان كذلك (فينصرف) اي يمينه (اليه) اي الى قدر ستة اشهر اذا لم يكن له نية (و هذا) اي الحمل على ستة اشهر لماذا (لان اليسير لايقصد بالمنع) لعدم الحاجة الى اليمين في الامتناع عن الكلام في ساعة واحدة (لوجود الامتناع فيه عادة) اي قدر الساعة من حيث العادة (و المديد) اي الزمان المديد (لايقصد به غالباً، لانه بمنزلة الابد) لان من اراد ذلك يقول ابداً في العرف، فلو كان مراده ذلك لم يذكر الحين (و لو سكت عنه) اي(٢) عن المديد (يتأبد) اي اليمين ما ذكرنا) و هو الوسط اعلم ان الحين هو الزمان قليله و كثيره و قال الزجاج في تفسيره جميع ما شاهدنا من اهل اللغة يذهب الى ان الحين اسم زمان كالوقت يصلح لجميع الازمان كلها طالت او قصرت، ثم قال و الدليل على ان الحين بمنزلة الاوقت قول النابغة انشد(٣) الاصمعي في صفة الحية و الملدوغ

تناذرها الراقون عن سوء سمها ... تطلقه حينا و حينا تراجع
فبت كاني ساورتني ضئيلة ... من الرقش في انيابها السم ناقع

قوله - تناذرها - اي انذر بعضهم بعضا قوله تطلقه بتشديد اللام معناه ان السم يخف المه وقتا و يعود وقتا، و معنى ساورتني واثبتني من ساوز اليه الاسد اي وثب، و الضئيلة بفتح الضاد المعجمة و كسر الهمزة و باللام هي الحية التي تنقبض و تنضم بعضها الى بعض و الرقش بضم الراء و سكون القاف و بالشين المعجمة جمع رقشاء، و هي الحية التي في ظهرها خطوط و نقط، و ناقع بالنون و القاف، اي ثابت (و كذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين

(١) كل حين - ابراهيم - ٢٥. (٢) سكت عنه اي عن المديد و في الفتح و لو سكت عن الحين و ما معه تابد و في الكفاية و لو سكت عن ذكر الحين و قال لايكلم فلانا يكون على الابد فلما ذكر حينا مع ذالك وجب ان يستفاد منه معنى سوى المعنى الذي يستفاد عند عدم ذكره ليفيد ذكره و تلك الفائدة يجب ان لايكون الزمان اليسير و لا اربعين سنة لما ذكرنا آنفا فتعين ما قلنا و هو ستة اشهر و نحوه في الفتح و العناية. (٣) انشد الاصمعي الخ كذا في فتح القدير و لسان العرب و تاج العروس و المغرب.

و منذ زمان بمعنى، و هذا اذا لم تكن له نية، اما اذا نوى شيئا فهو على ما نوى، لانه نوى حقيقة كلامه و كذلك الدهر عندهما و قال ابوحنيفة رحمه الله تعالى الدهر لا ادري ما هو،

و منذ زمان بمعنى) واحد (و هذا) اي الحمل على ستة اشهر في قوله لايكلمه حيناً او زماناً او قالهما بالتعريف (اذا لم يكن له نية، اما اذا نوى شيئا) من معاني الحين او الزمان (فهو على ما نوى، لانه حقيقة كلامه) فيعمل به (و كذالك الدهر) يعني يحمل على ستة اشهر اذا قال لا اكلمه دهراً او الدهر (عندهما) اي عند ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (و قال ابوحنيفة رحمه الله تعالى الدهر(١) لاادري ما هو) اي لا ادري كيف هو في حكم التقدير، و قال ابوبكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي المشهور من قولهما ان الدهر بالالف و اللام على الابد قد ذكره محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير، و لم يذكر فيه خلافاً. و كان ابوالحسين يقول ان قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى في الدهر و دهراً واحد و انه لم يجب عنه بشيء، و الغالب في كلام الناس ان الدهر على الابد يقال فلان يصوم الدهر يعنون الابد. و قال الكاكي قال ابوحنيفة رحمه الله تعالى لا ادري ما الدهر، لان الناس يستعملونه بمعنى الحين و الزمان، و بمعنى الابد، الا ترى ان معرفه على الابد بخلاف الحين و الزمان، لان معرفهما و منكرهما سواء يقال فلان دهري بضم الدال اذا كان معمراً، و دهري بالفتح اذا قال بالدهر و انكر الصانع، قال تعالى حكاية عنهم و ما يهلكنا الا الدهر(٢) فكان مجملاً فلا يقف على مراد المتكلم و الترجيح بلادليل لايجوز، فكان قوله لا ادري من كمال علمه و ورعه(٣) و روي ان ابن عمر رضي الله تعالى عنهما سئل عن شيء فقال لا ادري ثم قال بعد ذلك طوبى لابن عمر سئل عن شيء لايدري فقال لا ادري(٤) ثم

(١) الدهر لا ادري ما هو الخ راجع اعلاء السنن ص٤٥٩ ج١١ و المغنى ٣٠٣ ج١١ و فتح القدير ص٤٢٩ ج٤.
(٢) الا الدهر - الجاثية - ٢٤. (٣) من كمال علمه و ورعه و في فتح القدير ص٤٢٩ ج٤ (بعد ذكر وجوه التوقف) و توقفه دليل فقهه و دينه و سقوط اعتباره نفسه رحمنا الله تعالى به و قد نظم جملة ما توقف فيه فقال بعضهم

من قال لا ادري لما لم يدره — فقد اقتدى في الفقه بالنعمان
في الدهر و الخنثى كذاك جوابه — و محل اطفال و وقت ختان

و المراد بالاطفال اطفال المشركين على ما قدمنا في الجنائز انتهى. (٤) فقال لا ادري الخ رواه الدارمي ص٧٤ ج١ قال المحدث ملا علي قاري رحمه الباري في الموضوعات الكبير تحت عنوان "حرف اللام الف" لا ادري نصف العلم قول الشعبي كما رواه الدارمي في مسنده (ص١٧٤ ج١) و البيهقي في مدخله لكن في سنن سعيد بن منصور عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه لا ادري ثلث العلم ذكره السيوطي و قال السخاوي بل في =>

قيل انما قال لا ادري حفظاً للسانه عن الكلام في معنى الدهر، فقد جاء في الحديث انه صلى الله عليه وسلم قال لاتسبوا الدهر(١) فان الله هو الدهر، معناه انه خالق الدهر. و قد جاء في حديث آخر(٢) انه عليه الصلوة و السلام قال حكاية عن الله عزوجل استقرضت عبدي فلم يقرضني و يشتمني و لايدري يقول وا دهراه وا دهراه و انما انا الدهر. و كما روي انه عليه الصلوة و السلام سئل عن خير البقاع فقال لا ادري حتى اسال جبريل فسأل جبريل فقال لا ادري حتى اسأل ربي فصعد الى السماء ثم نزل، فقال سألت الله عزوجل عن ذالك فقال خير البقاع المساجد، و خير اهلها من يكون اول الناس دخولاً و آخرهم خروجاً، فعرفنا ان التوقف في مثل هذا من الكمال لا من النقصان، كذا في المبسوط(٣) و جامع فخر الاسلام و قاضي خان. و قيل وجه قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الدهر لا نص فيه عن احد من اهل اللغة، و دلائله متعارضة فيجب التوقف فيه. الا ترى الى قوله تعالى و ما يهلكنا الا الدهر و الى قوله عليه الصلوة و السلام لاتسبوا

==صحيح البخاري عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه من قوله من علم فليقل و من لم يعلم فليقل الله اعلم فان من العلم ان تقول لما لاتعلم االله اعلم. قلت و قد ثبت انه عليه الصلوة و السلام قال لا ادري عزير ا نبي ام لا و في التنزيل و ما ادري مايفعل بي و لابكم الآية انتهى و اثر بن مسعود رضي الله تعالى هذا رواه البخاري في تفسير سورة الروم ص٧٠٣ ج٢ و في تفسير سورة ص ص٧١٠ ج٢ و مسلم في باب صفة القيامة و الجنة و النار ص٣٧٢ ج٢ و الدارمي في مقدمة مسنده (ص٧٣ ج١) و حديث لا ادري عزير ا نبي ام لا اخرجه السيوطي في تفسيره الدر المنثور ص٢٣٠ ج٣ و المحدث ملا علي قاري في الاسرار المرفوعة ص٣٨٠ كما في الموسوعة ص١٢ ج٧ و اثر علي رضي الله عنه كاثر ابن مسعود رضي الله تعالى في الدارمي ص٧٤ ج١. (١) لاتسبوا الدهر الحديث رواه مسلم كتاب الالفاظ من الادب عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه مرفوعا و في واية اخرى له عن ابي هريرة مرفوعا قال الله يؤذيني ابن آدم يسب الدهر و انا الدهر اقلب الليل و النهار و اخرجه البخاري في تفسير سورة الجاثية ص٧١٥ ج٢ و كتاب التوحيد و ابوداود في الباب الاخير من سننه باب في االرجل يسب الدهر ص٣٦٨ ج٢ و الامام احمد في مسنده و المشكوة كتاب الايمان ص١٣ ج١. (٢) في حديث آخر رواه الامام احمد رحمه الله تعالى عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه في مسنده ص٣٠٠ ص٥٠٦ ج٢ طبع قديم. (٣) المبسوط للسرخسي ص١٧ ج٩ و الكفاية و في البحر ص٣٦٩ ج٤ و ابوحنيفة حمه الله تعالى توقف في تقديره (اي الدهر) لان اللغات لاتدرك قياسا و العرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال و التوقف عند عدم المرجح من الكمال و قد توقف ابوحنيفة رحمه الله تعالى في اربعة عشر مسئلة كما في السراج الوهاج و قد نقل لا ادري عن الائمة الاربعة رحمهم الله تعالى بل عن النبي صلي الله عليه وسلم و عن جبريل عليه السلام كما في الشرح.

و هذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح. اما المعرف بالالف و اللام يراد به الابد عرفاً لهما

الدهر، فان الله هو الدهر. و لهذا قال صاحب الجوهرة الدهر معروف. ثم قال و قال قوم الدهر مدة الدنيا من ابتدائها الى انقضائها و قال آخرون بل دهر كل قوم هو زمانهم. و قال ثعلب في اماليه الدهر الزمان الليل و النهار لا غير ذلك. ثم انشد هل الدهر الا ليلة و نهارها - الا طلوع الشمس ثم غيابها، فلما لم يثبت العرف فيه لم يصح الحاق الدهر بالحين و الزمان قياساً، لان درك المعاني بالقياس لايستقيم، و لهذا اذا ذكر الدهر معرفاً يقع على الابد اتفاقاً على ظاهر الرواية بخلاف الحين و الزمان و لو قال لا اكلم(١) حقبا فهو على ثمانين سنة عندنا، و احمد رحمه الله تعالى و عند مالك رحمه الله تعالى على اربعين سنة. و عند الشافعي رحمه الله تعالى جميع العمر (و هذا الاختلاف في المنكر) الاختلاف المذكور في قوله لا اكلمه دهرا بدون الالف و اللام (هو الصحيح) احترز(٢) به عن رواية بشر عن ابي يوسف رحمه الله تعالى عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه قال لافرق على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى بين قوله دهرا و بين قوله الدهر. و اذا كان الاختلاف في المنكر فالمعرف يكون متفقاً عليه، فاما ان يكون ستة أشهر كما قالوا، و اما ان يكون يقع على الابد بلاخلاف بينهم، و هو الذي اشار اليه المصنف رحمه الله تعالى بقوله (اما المعرف بالالف و اللام يراد به الابد عرفاً) فان قيل(٣) ذكر في الجامع الكبير و اجمعوا فيمن قال ان كلمتك دهورا او ازمنة او شهوراً او سنيناً او جمعاً او اياماً يقع على ثلاثة من هذه المذكورات، لانها ادنى الجمع المتفق عليه. فكيف قال ابوحنيفة رحمه الله تعالى لا ادري الدهر، و قد حكم في دهور ان ادناه ثلاثة دهور فكل دهر ستة اشهر كما هو قولهما، و من لايدري معنى الفرد لايدري معنى الجمع، اذ الجمع عبارة عن ثلاثة افراد. قلنا هذا تفريع لمسألة الدهر على قول من يعرف الدهر، كما فرع مسائل المزارعة على قول من يرى جوازها، و لذلك قال بالعشرة اذا كانت يمينه بالدهور على صيغة الجمع المحلى بالالف و اللام كما هو اصله في السنين و الشهور، و اليه اشار التمرتاشي. و قيل(٤) ان ابا حنيفة رحمه الله تعالى قال ادنى الجمع من هذه المذكور ثلاثة، و لكن لايلزم من هذا معرفة المراد من الدهر المنكر يعني لو عرف المراد منه يكون المراد من الدهور ثلاث سنين، و مما يليق ذكره هنا ما قاله بعضهم (٥) من قال لا ادري لما لم يدره، فقد اقتدى في الفقه بالنعمان في الدهر و الخنثى كذاك جوابه و محل اطفال و وقت ختان. (لهما) اي

---

(١) لا اكلم حقبا الخ راجع المغني ص٣٠٣ ج١١ و التكملة لشرح المهذب ص١٠٤ ج١٨. (٢) احترز الخ كذا في الفتح و العناية. (٣) فان قيل الخ كذا في العناية ص٤٢٨ ج٤ و الفتح. (٤) و قيل الخ كذا في الفتح ص٤٢٩ ج٤. (٥) بعضهم الخ و قد مضى ذكره عن فتح القدير قريبا.

ان دهراً يستعمل استعمال الحين و الزمان يقال ما رأيتك منذ حين و منذ دهر بمعنى، و ابو حنيفة رحمه الله تعالى توقف في تقديره لان اللغات لاتدرك قياساً، و العرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال. و لو حلف لايكلم اياماً فهو على ثلاثة ايام، لانه اسم جمع ذكر منكراً فيتناول اقل الجمع و هو الثلاث. و لو حلف لايكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا على الاسبوع(١) و لو حلف لايكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عنده، و عندهما على اثنى عشر شهراً لان اللام للمعهود، و هو ما ذكرنا، لانه يدور عليها

لابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى (أن دهراً يستعمل استعمال الحين و الزمان يقال ما رأيتك منذ حين و منذ دهر بمعنى) واحد، (و ابو حنيفة رحمه الله تعالى توقف في تقديره، لان اللغات لاتدرك قياساً، و العرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال) اذ هو ياتى بمعنى الزمان و بمعنى الابد. و قولهم(٢) دهر دهارير اي شديد. و يقال ما ذاك بدهري، اي عادتي و ما دهري بكذا، اي همي و ارادتي و يراد به العمر، قال عليه الصلوة و السلام لا صيام لمن صام الدهر فلما وجد الدهر مستعملاً في معان مختلفة، توقف ابوحنيفة رحمه الله تعالى في تقديره كما ذكرناه (و لو حلف لايكلم اياما فهو على ثلاثة ايام، لانه اسم جمع ذكر منكراً فيتناول اقل الجمع، و هو الثلاث) هذا لفظ القدوري، و هو(٣) رواية الجامع الكبير، و ذكر فيه انه بالاتفاق و ذكر في كتاب الايمان انه على عشرة ايام عنده، اي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى كما في المعرف. و قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي و المذكور في الجامع اصح، و ذلك لان ذكر الايام بالتنكير و لا دلالة فيه على الجنس و العهد، فيقع على اقل الجمع، و هو الثلاثة (فان حلف لايكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا على ايام الاسبوع. و لو حلف لايكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عنده) اي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى (و عندهما على اثني عشر شهراً، لان اللام للمعهود) لان في الايام المعهود في عرف الناس ايام الاسبوع، فكانت الجمعة هي المرادة، و في الشهور المعهود شهور السنة، فكانت السنة هي المرادة (و هو ما ذكرنا) ان اللام للعهد (لانه) اي لان الشهر (يدور عليها) اي على اثني عشر. قال الاترازي و كان القياس ان يقول لانها تدور عليه، لكن اول بالمذكور في الاول، و

---

(١) الاسبوع – ن – ايام الاسبوع. (٢) و قولهم الخ كذا في لسان العرب دهر ص٢٩٤ ج٤. (٣) و هو رواية الجامع الخ كذا في العناية و الفتح.

و له انه جمع معرف، فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع و ذلك عشرة و كذا الجواب عنده في الجمع

بالافراد في الثاني، فافهم. و نقل الاكمل هذا برمته بقوله قيل، اي لان الشهور يدور على اثني عشر و كان القياس الى آخره، ثم سكت عنه فالظاهر انه لم يكن عنده معنى غير هذا حتى سكت و لم يقل شيئاً (و له) اي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (انه) اي لفظ الشهور (جمع معرف) بالالف و اللام (فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع، و ذلك عشرة) اي عشرة اشهر و الاصل(١) هنا ان حرف التعريف اذا دخلت في اسم الجمع ينصرف الى اقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و هو العشرة، لان الناس يقولون في العرف ثلاثة ايام و اربعة ايام الى عشرة ايام، ثم بعد ذلك يقولون احد عشر يوما و مائة يوم و الف يوم، فلما كانت العشرة اقصى ما ينتهي اليه لفظ الجمع كانت هي المرادة، لان اللام للجنس، بخلاف ما اذا حلف بقوله ان تزوجت النساء، حيث تقع اليمين على الواحدة لتعذر صرفه الى الجميع، و ان عني الجميع قيل لايصدق، لانه خلاف الظاهر. و قيل يصدق لانه نوى حقيقة كلامه. و يقال ابو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ان اللام للعهد، و العشرة معهودة في الجمع المعرف، فانه اقصى ما يذكر بلفظ الجمع، فانه يقال ثلاثة ايام الى العشرة، ثم يقال احد عشر يوماً، فكان تعريفاً لهذا المعهود. فان قلت هذا لايستقيم في الشهور، فانه لايقال ثلاثة شهور بل يقال اشهر، قلت بل يقال ثلاثة شهور ايضا، كما يقال ثلاثة قروء فان قلت هذا هكذا عند اقتران العدد، لا عند تجرده عنه. و قد قيل في قوله تعالى و تلك الايام نداولها(٢) اي ايام الدنيا. قلت(٣) اسم الجمع للعشرة و ما دونها حقيقة في حالتي الابهام و التعيين، و يقع على ما وراء العشرة في حالة الابهام دون التعيين فكان الصرف الى ما جمع في الحالين اولى فان قلت يشكل هذا بقوله تعالى و قطعناهم اثنتي عشرة اسباطاً(٤) و ما قال سبطاً قلت لايرد هذا السؤال لان لفظ الاسباط ليس بتمييز، و انما التمييز محذوف، تقديره و قطعناهم اثنتي عشرة فرقة اسباطاً، فحذف الموصوف و اقيمت الصفة مقامه (و كذا الجواب عنده) اي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالي (في الجمع)(٥) جمع جمعة،

(١) و الاصل الخ كذا في العناية ص٤٢٩ ج٤. (٢) نداولها - آل عمران - ١٤٠. (٣) قلت الخ و في الكفاية ص٤٣١ ج٤ قلنا اسم الجمع للعشرة و ما دونها الى الثلاثة حقيقة حالتي الاطلاق و اقترانه بالعدد و هو اسم لما زاد على العشرة عند الاطلاق لا عند الاقتران بالعدد و الشئ متى كان اسما للشيء في جميع الاحوال كان اثبت مما هو اسم له في حال دون حال و لان الزائد على العشرة ايام عند الاطلاق و يوم اقترانه بالعدد فلم يدخل تحت الايام التي هي اسم جنس من كل وجه انتهى. (٤) اسباطا الاعراف ١٦٠. (٥) الجمع بضم الجيم و فتح الميم.

و السنين. و عندهما ينصرف الى العمر، لانه لا معهود دونه. و من قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر، فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى عشرة ايام، لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام، و قالا سبعة ايام، لان ما زاد عليها تكرار. و قيل لو كان اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة ايام، لانه يذكر فيها بلفظ الفرد دون الجمع.

يعني اذا حلف لايكلم الجمع يقع على عشر جمع (و السنين) يعني و كذا الجواب في السنين يعني اذا حلف لايكلم السنين يقع على عشر سنين. و في المحيط(١) قال لا اكلمه الايام او الشهور او السنين او الدهر او الازمنة فهو على العشرة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما الايام على الاسبوع، يعني سبعة ايام و الشهور على السبعة وغيرها على العمر (و عندهما ينصرف الى العمر، لانه لا معهود دونه) اي دون العمر، لان الاصل عندهما ان ينظر ان كان ثمة معهود ينصرف اليه، و الا ينصرف الى جميع العمر. و في الايام المعهود في عرف الناس ايام الاسبوع، فكانت الجمعة هي المرادة. و في الشهور المعهودة شهور السنة، فكانت السنة هي المرادة و لا معهود في الجمع و السنين، فانصرف يمينه الى جميع العمر. و لو قال جمعاً او قال سنين بالتنكير يقع على ثلاثة من ذلك بالاتفاق. و في الكافي و قيل ينصرف الايام على السبعة اتفاقاً. و عند الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى ينصرف الى الثلاثة في المنكر، لانه اقل الجمع في المنكر و في الايام المعرف ينصرف عند مالك رحمه الله تعالى الى الابد. و قال بعض اصحابنا ينصرف الى الاسبوع، و يحمل الشهور على اثني عشر و به قال احمد رحمه الله تعالى و في قول مالك رحمه الله تعالى ينصرف الى الابد و السنين، و الجمع ينصرف الى الابد كقولهما و به قال احمد رحمه الله تعالى (و من قال لعبده ان خدمتني اياماً كثيرة فانت حر، فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى عشرة ايام، لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام) لان اكثر عدد يضاف الى الايام عشرة فبعد ذلك لايسمى اياماً يقال ثلاثة ايام الى عشرة ايام، ثم يترك ذكر الايام فيقال احد عشر يوما و مائة يوم و الف يوم (و قالا سبعة ايام، لان ما زاد عليها تكرار) فتكون الايام الكثيرة سبعة. و قيل هذا بالاتفاق كما ذكرنا عن قريب (و قيل لو كان اليمين بالفارسية) بان قال لعبده اكر خدمت كني مرا روزها بسيار تو آزادي و يخدم سبعة ايام فيعتق، و هو معنى قوله (ينصرف الى سبعة ايام، لانه يذكر فيها بلفظ الفرد دون الجمع) و قال الاترازي في هذا التعليل نظر(٢) لان لفظ الفرد بالفارسي لايخلو من احد الامرين، اما ان يفهم

---

(١) المحيط و كذا في الفتح ص٤٣٠ ج٤. (٢) نظر الخ كذا في العناية ص٤٣٢ ج٤ و راجع للفروع الكثيرة و البديعة فتح القدير ص٤٣٢ ج٤.

باب اليمين في العتق و الطلاق

و من قال لامرأته اذا ولدت ولداً فانت طالق فولدت ولداً ميتا طلقت و كذلك اذا قال لأمته اذا ولدت ولداً فانت حرة، لان الموجود مولود، فيكون ولداً حقيقة، و يسمى به في العرف و يعتبر ولداً في الشرع حتى تنقضى به العدة و الدم بعده نفاس و امه ام ولد له فيتحقق الشرط، و هو ولادة الولد.

منه معنى الجمع ام لا، فان فهم فينبغي ان يكون العربي و الفارسي سواء. و ان لم يفهم ينبغي ان لايكون الاسبوع مرادا ايضا انتهى و قال الاكمل يمكن ان يجاب عنه بانه يفهم منه معنى الجمع قوله ينبغي ان يكون العربي و الفارسي سواء قلنا ممنوع لانه لفظ الفارسي و ان افاد معنى الجمع لكن لاينتهى الى العشرة، و تخصيص ايام الاسبوع لكونه المعهود او لعدم القائل بالفصل.

(باب اليمين في العتق و الطلاق)

اي هذا باب في بيان احكام اليمين في العتق و الطلاق، و قدم هذا الباب على غيره، لان الحلف بهما اكثر وقوعاً، فكانت معرفة احكامه اهم من غيره، (و من قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولداً ميتاً طلقت، و كذا اذا قال لامته اذا ولدت ولداً فانت حرة) فولدت ولداً ميتاً عتقت (لان الموجود مولود فيكون ولداً حقيقة) يعني يكون ولداً باعتبار الحقيقة و عرفا و شرعاً. اما حقيقة فظاهر، و اما عرفا فكذلك اشار اليه بقوله (و يسمى به) اي بالولد (في العرف) و اما شرعا فهو قوله (و يعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة و الدم) الخارج (بعده) اي بعد الولد (نفاس و امه ام ولد له فيتحقق الشرط، و هو ولادة الولد) فتطلق الحرة و تعتق الامة و مما ذكره الاترازي رحمه الله تعالى في التعليل انه يجي في الآخرة و يرجي شفاعته بدليل ما روى(١) ابوعبيدة رضي الله تعالى عنه في حديث النبي صلى الله عليه وسلم في السقط يظل محبنطئاً على باب الجنة حتى يدخل ابواه الجنة و المحبنطئ(٢) يروى بالهمزة و بدونها فعلى الاول

---

(١) روى ابوعبيدة رضي الله تعالى عنه الخ لم اجد ماخذه نعم روى عن علي رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان السقط ليراغم ربه اذا ادخل ابويه االنار فيقال ايها السقط المراغم ربه ادخل ابويك الجنة فيجرهما بسرره حتى يدخلهما الجنة اخرجه ابن ماجة باب ما جاء فيمن اصيب بسقط ص١١٦. (٢) و المحبنطئ الخ كذا في فتح القدير ص٤٣٣ ج٤ و في النهاية لابن الاثير مادة حبنط ص٣٣١ ج١ في حديث السقط يظل محبنطأ على باب الجنة بالهمز و تركه المتغضب المستبطئ للشيء و قيل هو الممتنع امتناع طلبة (بفتح الطاء و كسر اللام) لا امتناع اباء يقال احبنطأت و احبنطيت و الحبنطى القصير البطين و النون و الهمزة و الالف و الياء زوائد للالحاق.

و لو قال اذا ولدت ولداً فهو حر فولدت ولداً ميتاً ثم آخر حياً عتق الحي وحده عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لايعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فينحل(١) اليمين لا الى جزاء، لان الميت ليس بمحل للحرية، و هي الجزاء و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة، لانه قصد اثبات الحرية جزاء، و هي قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير، و لاتثبت في الميت فيتقيد بوصف الحياة، فصار كما اذا قال اذا ولدت ولداً حياً بخلاف جزاء الطلاق و حرية الام، لانه لايصلح مقيداً.

معناه العظيم البطن المتنفخ يعني ينفخ بطنه من الامتلاء من الغضب و على الثاني المتغضب المستبطئ للشيء و الفعل منهما احبنطأ مهموزا و احبنطي مقصورا (و لو قال اذا ولدت ولداً فهو حر فولدت ولداً ميتاً ثم آخر) اي ولدت ولداً آخر (حياً عتق الحي وحده عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لايعتق واحد منهما، لان الشرط قد تحقق بولادة الميت) لان شرط الحرية ولادة الولد، و قد تحققت ولادة الميت (على ما بينا) اشار به الى قوله لان الموجود مولود، فاذا كان كذلك، (فينحل اليمين لا الى جزاء) كما اذا قال لعبده اذا دخلت الدار فانت حر فباعه فدخل الدار ينحل اليمين لا الى جزاء، حتى اذا اشتراه فدخل الدار لايعتق، و كذا اذا قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق فابانها و انقضت عدتها ثم دخلت الدار ينحل اليمين لا الى جزاء، حتى اذا تزوجها ثم دخلت الدار لاتطلق (لان الميت ليس بمحل للحرية، و هي الجزاء) لان الحرية عبارة عن قدرة حكمية تثبت في المحل بحيث يدفع تسلط الغير عليه و الميت ليس باهل للقوة الحكمية المذكورة (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان مطلق اسم الولد يقيد بوصف الحياة) تصحيحاً لكلام العاقل، و لو لم يقيد بوصف الحياة صار لغواً (لانه قصد اثبات الحرية جزاء) يعني من حيث الجزاء (و هي) اي الحرية (قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير عليه، و لاتثبت) اي القوة الحكمية (في الميت) لانه ليس باهل لذلك (فيتقيد) اي الولد (بوصف الحياة فصار كما اذا قال اذا ولدت ولداً حيا) و لم يوجد (بخلاف جزاء الطلاق) في قوله لامرأته ان ولدت ولداً فانت طالق فولدت ولداً ميتا يقع الطلاق (و حرية الام) في قوله لامته اذا ولدت ولداً فانت حرة فولدت ولدا ميتاً يقع العتق (لانه) اي لان كل واحد من جزاء الطلاق و حرية الام (لايصلح مقيداً)(٢) للحياة لاستغنائهما عن حياة الولد، و لهذا اذا وصف الولد بالموت صريحاً، و علق الطلاق و حرية الام به

---

(١) فينحل – ن – فتنحل. (٢) مقيدا صيغة اسم الفاعل من باب التفعيل.

و اذا قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبداً عتق، لان الاول اسم لفرد سابق فان اشترى عبدين معاً ثم آخر لم يعتق أحد منهم لانعدام التفرد في الاولين، و السبق في الثالث فانعدمت الاولية. و ان قال اول عبد اشتريه وحده، فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء، لان وحده للحال لغة، و الثالث سابق في هذا الوصف، و ان قال آخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبداً و مات لم يعتق، لان الآخر لفرد(١) لاحق و لا سابق له، فلايكون لاحقاً و لو اشتري عبداً ثم عبداً ثم مات عتق الآخر، لانه فرد لاحق، فاتصف بالآخرية و يعتق يوم اشتراه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى حتى يعتبر من جميع

و قال اذا ولدت ولداً ميتاً فانت طالق، او قال فانت حرة كان صحيحاً (و اذا قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبداً عتق، لان الاول اسم لفرد سابق) لايشاركه غيره فيه، فالذي اشتراه فرد سابق فيعتق (فان اشترى عبدين معاً) يعني بصفقة وحدة (ثم آخر) يعني ثم اشترى عبداً آخر (لم يعتق واحد منهم، لانعدام التفرد في الاولين) اي في العبدين الاولين (و السبق) اي و لانعدام السبق (في الثالث) اي في العبد الثالث (فانعدمت الاولية) يعني لم توجد (و ان قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء لان وحده للحال لغة) اي حال كونه وحده، و في قوله - لغة - نظر، لان وحده حال من جهة الاعراب لا من جهة اللغة (و الثالث) اي العبد الثالث (سابق في هذا الوصف) لانه هو المتوحد في الشراء، بخلاف قوله اول عبد اشتريه واحدا فاشترى عبدين ثم آخر لايعتق واحد منهم لانعدام الاولية، لان العبدين ليسا بفرد و الفرد ليس بسابق، و الفرق بين قوله وحده، و بين قوله واحداً ان الواحد يقتضى الانفراد في الذات، و وحده يقتضي الانفراد في الفعل المقرون به، الا ترى انه لو قال في الدار رجل واحد كان صادقاً اذا كان معه صبي او امرأة بخلاف ما اذا قال في الدار رجل وحده كان كاذباً اذا كان معه صبي او امراة (و ان قال آخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبداً ثم مات) اي المولى (لم يعتق، لان الآخر(٢) لفرد لاحق و لا سابق له، فلايكون لاحقاً) فلايعتق لعدم الشرط، و لانه اول فلا يكون آخراً، لانه ليس من صفات المخلوقين ان يكون الواحد اولاً و آخراً و انما هو من صفات الباري عزوجل (و لو اشترى عبداً ثم عبداً) اي ثم اشترى عبدا آخر (ثم مات عتق الآخر، لانه فرد لاحق، فاتصف بالآخرية و يعتق يوم اشتراه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى حتى يعتبر من جميع

---

(١) لفرد - ن - اسم لفرد. (٢) لان الآخر الخ و هذه المسئلة مع التي تقدمت تحقق ان المعتبر في تحقق الآخرية وجود سابق بالفعل و في الاولية عدم تقدم غيره لا وجود آخر متأخر عنه فتح القدير.

المال. و قالا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث لان الآخرية لايثبت الا بعدم شراء غيره بعده، و ذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققاً عند الموت، فيقتصر عليه. و لابي حنيفة رحمه الله تعالى أن الموت معرف، فاما اتصافه بالآخرية فمن(١) وقت الشراء فيثبت مستنداً و على هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به، و فائدته تظهر في جريان(٢) الارث و عدمه. و من قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر، فبشره ثلاثة متفرقين عتق الاول، لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه و يشترط كونه ساراً

المال) اذا كان الشراء في وقت الصحة (و قالا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث، لان الآخرية لاتثبت الا بعدم شراء غيره بعده و ذلك) اي عدم شراء غيره (يتحقق بالموت) اي بموت المولى (فكان الشرط) و هو عدم شراء غيره (متحققاً عند الموت، فيقتصر عليه) اي فيقتصر العتق على زمان الموت، فيعتق قبيل الموت بلافصل (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الموت معرف) اي غير شرط(٣) لانه يعرف ان العبد الثاني هو آخر عبد اشتراه (فاما اتصافه بالآخرية من وقت الشراء) يعني هذه الصفة حصلت له من وقت الشراء، الا ان هذه الصفة بعرضية الزوال بان يشتري غيره بعده، فاذا مات و لم يشتر لم يوجد ما يبطلها (فيثبت) اي العتق (مستنداً) الى وقت كان آخراً من وقت الشراء (و على هذا الخلاف) المذكور (تعليق الطلقات الثلاث به) اي بوصف الآخرية او بلفظ الآخر بان قال آخر امرأة اتزوجها فهي طالق ثلاثا فتزوج امرأة ثم امرأة ثم مات يطلق الثانية من حين تزوجها و لاترث، و عندهما تطلق في آخر حياة الزوج، و يصير الزوج فاراً فترث المرأة، و اشار اليه بقوله (و فائدته) اي فائدة الخلاف المذكور (تظهر في حرمان الارث) اي من الزوج (و عدمه) اي و عدم الحرمان، و قد مر بيانه. (و من قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر، فبشره ثلاثة) اي ثلاثة عبيد حال كونهم (متفرقين عتق الاول) اي العبد الاول (لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه) من السرور. فالحاصل ان البشارة(٤) اسم لخبر غائب عن المخبر علمه، و قد يكون بالشر، و قد يكون بالخير، الا انه في العرف يستعمل فيما يسر و ينفى الحزن، و يتحقق من واحد و اكثر بان اخبروه في هذه المسألة مجتمعين عتقوا، لان البشارة حصلت منهم، و ان اخبروه متفرقين عتق الاول خاصة (و يشترط كونه ساراً) اي كون هذا

---

(١) فمن - ن - من. (٢) جريان - ن - حرمان. (٣) غير شرط الخ راجع العناية و الكفاية و الفتح و لفظ الفتح ان الموت معرف للشرط و ليس بشرط و انما الشرط اتصافه بالآخرية الخ. (٤) ان البشارة الخ كذا في العناية و في كشاف اصطلاحات الفنون ص ١٢٠ ج١ البشارة كل خبر صدق يتغير به بشرة الوجه و يستعمل في الخير و الشر و في الخير اغلب كذا في تعريفات السيد الجرجاني.

بالعرف، و هذا انما يتحقق من الاول. و ان بشروه معاً عتقوا، لانها تحققت من الكل و لو قال ان اشتريت فلاناً فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزئه، لان الشرط قران النية بعلة العتق و هي اليمين، فاما الشراء فشرطه. و ان اشترى اباه ينوي عن كفارة يمينه اجزأه عندنا، خلافا لزفر و الشافعي رحمهما اللّه تعالى. لهما ان الشراء شرط العتق، فاما العلة فهي القرابة و هذا لان الشراء اثبات الملك و الاعتاق ازالته و بينهما منافاة. و لنا ان شراء

الخبر ساراً (في العرف) لما ذكرنا انه يستعمل في الخير و الشر (و هذا) اي كون هذا الخبر ساراً بتغير به بشرة الوجه (انما يتحقق من الاول) اي العبد الاول، لان الثاني اخبره بما كان معلوماً عنده فلاتتغير به عند سماعها (و ان بشروه معاً) يعني مجتمعين (عتقوا) جميعاً (لانها) اي لان البشارة على الوجه المذكور (حصلت من الكل) فيعتق الكل و قد ذكرناه. (و لو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزئه) اي عن الكفارة (لان الشرط) اي شرط الخروج عن عهدة التكفير (قران النية) اي نية التكفير (بعلة العتق و هو اليمين) سمى جزاء اليمين، و هو قوله انت حر يميناً لان الجزاء معظم اليمين، اذ اليمين تختلف باختلاف الاجزية، يقال يمين الطلاق و يمين العتاق، و انما ذكر الضمير في قوله و هو اليمين باعتبار المذكور و في بعض النسخ و هي اليمين و لم يوجد منه نية التكفير وقت يمينه، لان الكلام فيه (و اما الشراء فشرطه) اي شرط العتق، و لا اثر للشرط في العتق، فيكون معتقاً بيمينه و لم تقترن نية الكفارة بها، حتى لو اقترنت جاز، كذا في المبسوط. حاصله ان نية الكفارة لم تقترن بعلة العتق، بل اقترنت بشرط العتق، و ليس للشرط اثر في ايجاب العتق، لان العتق ثبت بقول سابق، و هو قوله فهو حر فصار كانه قال عبدي حر ثم نوى عن كفارة يمينه لايجوز، فكذا هنا. (و من اشترى اباه نوى عن كفارة يمينه اجزأه عندنا، خلافا لزفر و الشافعي رحمهما اللّه تعالى) و به(١) قال مالك و احمد رحمهما اللّه تعالى و هو قول ابي حنيفة رحمه اللّه تعالى اولا (لهما) اي لزفر و الشافعي رحمهما اللّه تعالى (ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهي القرابة) المتقدمة، فصار كعتقه بيمين متقدمة، و انما اقترنت النية بالشراء الذي هو الشرط لا بالعلة. و الدليل على ان استحقاق العتق بالقرابة ان احد الشريكين اذا ادعى نسبه يضمن لشريكه نصيبه فيه كما لو اعتقه (و هذا) اي كون الشراء شرطاً لا علة (لان الشراء اثبات الملك) و هو ظاهر (و الاعتاق ازالته) لانه ليس باثبات للملك (و بينهما منافاة) فلايكون الشراء اعتاقاً (و لنا ان شراء

---

(١) و به قال مالك كذا في الفتح.

القريب اعتاق لقوله عليه الصلوة و السلام لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقاً لانه لايشترط غيره فصار(١) نظير قوله سقاه فارواه و

القريب اعتاق لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه) هذا الحديث اخرجه الجماعة(٢) غير البخاري كلهم عن سهيل ابن ابي صالح عن ابيه عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنهم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لايجزي ولد... الحديث (جعل نفس الشراء اعتاقاً) اي الحديث او الشارع نفس الشراء اعتاقا لامحالة (لانه لايشترط) اي في الحديث (غيره) أي غير الشراء بالاجماع، فلايحتاج الى اعتاق آخر و مثله وارد في كلام العرب، اشار اليه بقوله (و صار نظير قوله سقاه فارواه) اي بالسقي نفسه و كذا يقال ضربه فاوجعه، اي بنفس الضرب. و قال الاكمل(٣) قوله سقاه فارواه، جواب عما يقال عطف الاعتاق على الشراء بالفاء و هو يقتضي التراخي بزمان، و ان لطف فلايكون نفسه. و وجهه ان الفعل اذا عطف على فعل آخر بالفاء كان الثاني ثابتاً بالاول في كلام العرب، يقال ضربه فاوجعه و اطعمه فاشبعه و سقاه فارواه اي بذالك الفعل لا بغيره، و فيه بحث و هو ان شراء القريب هل يثبت الملك للمشتري القريب او لا، فان اثبته لايزيله لان المثبت بعينه لا يكون مزيلا، و ان لم يثبته لايعتق عليه، لانه لا عتق فيما لايملكه ابن آدم لايقال شراء القريب يثبت الملك لكن ثبوت الملك في القريب اعتاق لان الاعتاق ازالة الملك و كون ثبوت الشيء ازالة له محال بالبديهة و لايقال شراء القريب اعتاق بواسطة موجبه و هو ثبوت الملك، لانه اشد استحالة لانه يلزم ان يكون مثبت الشيء و نفس ثبوته ازالة له. و الجواب ان قولهم ثبوت الملك في القريب اعتاق معناه ان الشرع اخرج القريب عن محلية الملك بقاء كما انه اخرج الحر عن محليته ابتداء و بقاء، و هذا لان العتق لايقع الا في الملك. فلو لم يقل بثبوت الملك ابتداء لم يتصور زواله، ثم ان المصنف قال و ان اشترى اباه، و كذا الحكم اذا اشترى اخاه، و كذلك على الخلاف المذكور اذا وهب له ابوه او تصدق به عليه او اوصى له به، و هو نوى عن كفارته، كذا ذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرح الكافي(٤) و لو ورث اباه ينوي به الكفارة

---

(١) فصار – ن – و صار. (٢) الجماعة الخ مسلم في آخر العتاق، باب فضل عتق الولد ص٤٩٥ ج١ و ابوداود كتاب الادب باب في بر الوالدين ص٣٥٢ ج٢ و الترمذي كتاب البر و الصلة. باب ماجاء في حق الوالدين ص١٣ ج٢ و النسائي في الكبرى كتاب العتق باب اي الرقاب افضل ص١٧٣ ج٣ و ابن ماجة في الادب باب بر الوالدين ص٢٦٨ و مسند احمد طبع قديم ص٢٣٠ و ص٢٦٣ و ص٣٧٦ و ص٤٤٥ ج٢ و نصب الراية ص٣٠٤ ج٣ باب اليمين في العتق. (٣) الاكمل في العناية ص٤٣٨ ج٤. (٤) شرح الكافي اي المبسوط باب العتق =>

لو اشترى ام ولده لم يجزه و معنى هذه المسألة ان يقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط، و لايجزئه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد، فلاتضاف(١) الى اليمين من كل وجه، بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يمين(٢) حيث يجزيه(٣) عنها اذا اشتراها، لان حريتها غير مستحقة بجهة أخرى، فلم تختل(٤) الاضافة الى اليمين و قد قارنته النية و من قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت، لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك

لايجزئه لان الميراث يدخل في ملك الوارث بدون صنعه و اختياره. و التكفير يتأدى بالتحرير الذي هو صنعه و في الهبة و الصدقة و الوصية يحصل صنعه و هو القبول (و لو اشترى ام ولده لم يجزه) عن الكفارة (و معنى هذه المسألة) و هي من مسائل الجامع الصغير (أن يقول لأمة) لغيره (و قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني فاشتراها فانها تعتق لوجود الشرط) و هو الشراء (و لايجزئه عن الكفارة، لان حريتها مستحقة بالاستيلاد، فلاتضاف الى اليمين من كل وجه) لان الواجب باليمين ما يستحق حريته بها من كل وجه، و هو معنى قوله فلاتضاف اي الحرية الى اليمين من كل وجه. و لقائل(٥) ان يقول القريب مستحق للعتق بالشراء كما ان ام الولد مستحقة له بالاستيلاد، فما بالها لم تعتق اذا اشتراها بنية الكفارة بعد التعليق كما عتق القريب. و الجواب ان الاستيلاد فعل اختياري من جهة المستولد، فكانت الحرية من جهتين، جهة الاستيلاد و الشراء، فلم يقع عن الكفارة من كل وجه، بخلاف القرابة، فانها ليست كذلك، فلم يكن من جهة القريب جهة في حريته سواء الشراء. فاذا اشتراه ناوياً للكفارة كانت الحرية عن الكفارة من كل وجه (بخلاف ما اذا قال لامة) و في بعض النسخ لقنة (ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني حيث يجزيه عنها) اي عن كفارة يمين (اذا اشتراها، لان حريتها غير مستحقة بجهة أخرى) و انما هي بالشراء (فلم تختل الاضافة الى اليمين) اي اضافة الحرية الى اليمين لعدم استحقاق القنة الحرية (و قد قارنته النية) اي و الحال ان نية الكفارة قارنت الشراء (و من قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسري جارية كانت في ملكه عتقت، لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك) و كل من انعقد في حقه اليمين اذا وجد الشرط فيه يترتب عليه

=> في الظهار ص٨٠٩ ج٧ و البحر ص٣٧٣ ج٤ و الفتح ص٤٣٩ ج٤. (١) فلاتضاف – ن – فلاتنضاف. (٢) يمين –ن– يميني. (٣) يجزيه – ن – تجزيه. (٤) فلم تختل – ن – فلم يختل. (٥) و لقائل الخ كذا في العناية.

الجزاء. و اعلم ان معنى تسريت اتخذت سرية(١) و هي فعلية منسوبة الى السر، و هو الجماع او الخفاء لان الانسان يسره و انما ضمت لان الابنية قد تتغير في النسبة كما قالوا في النسبة الى

---

(١) سرية - بضم السين و كسر الراء المشددة و فتح الياء المشددة وزنه فعلية بضم الفاء و سكون العين و كسر اللام و تشديد الياء المفتوحة و قيل هي فعولة بضم الفاء و تشديد العين المضمومة و سكون الواو من السرو و قلبت الواو الاخيرة ياء طلب الخفة ثم ادغمت الواو فيها فصارت ياء مثلها ثم حولت الضمة كسرة لمجاورة الياء و قد تسررت و تسريت على تحويل التضعيف و اختلف اهل اللغة في الجارية التي يتسراها مالكها لم سميت سرية فقال بعضهم نسبت الى السر و هوالجماع و ضمت السين للفرق بين الحرة و الامة توطأ فيقال للحرة اذا نكحت سرا او كانت فاجرة سرية بكسر السين و تشديد الراء المكسورة و تشديد الياء المفتوحة و للمملوكة يتسراها صاحبها سرية بضم السين الخ (كما مر آنفا) مخافة اللبس و قال ابوالهيثم السر السرور فسميت الجارية سرية لانها موضع سرور الرجل قال و هذا احسن ما قيل فيها و قال الليث السرية فعلية من قولك تسررت و من قال تسريت فانه غلط قال الازهري هو الصواب و الاصل تسررت و لكن لما توالت ثلاث راءات ابدلوا احداهن ياء كما قالوا تظنيت من الظن (اي اصله تظننت فابدلوا نونه ياء) و قصيت أظفاري و الاصل قصصت و قال بعضهم استسر الرجل جاريته بمعنى تسراها اي اتخذها سرية و السرية الامة التي بواتها بيتا و هي فعلية منسوبة الى السر و هو الجماع و الاخفاء لان الانسان كثيرا ما يسرها و يسترها عن حرته و انما ضمت سينه لان الابنية قد تغير في النسبة خاصة كما قالوا في النسبة الى الدهر دهري بالضم و الى الارض السهلة سهلي بالضم و الجمع السراري و قيل اصلها الياء من الشيء السري النفيس كذا في لسان العرب بتصرف ما ص٣٥٨ ج٤ و في فتح القدير ص٤٣٩ ج٤ اعلم ان التسري هنا تفعل من السرية و هو اتخاذها و السرية ان كانت من السرور فانها تسر بهذه الحالة و يسر هو بها او من السر و (بتشديد الواو) السيادة فضم سينها على الاصل و ان كانت من السر بمعنى الجماع او بمعنى ضد الجهر فانها قد تخفى عن الزوجات الحرائر فضمها من تغيرات النسب كما قالوا دهري بالضم في النسبة الى الدهر و في النسبة الى السهل من الارض سهلي بالضم و الفعل منه بحسب اعتبار مصدره فان اعتبر التسري قيل تسري بابدال الياء الفا لتحركها و انفتاح ما قبلها و ان اعتبر التسرر قيل تسرر و كان القياس ان لايقال الا تسري في المصدرين لانه اتخاذ السرية لكن لوحظ فيه اصل السرية و هو السرور او السر فاستعمل براءين بابدال الياء راء و خصت لانها هي الاصل انتهى و في النهاية لابن الاثير ص٣٦٠ ج٢ مادة سرر و في حديث عائشة رضي الله تعالى عنها و ذكر لها المتعة فقالت و الله ما نجد في كتاب الله الا النكاح و الاستسرار تريد اتخاذ السراري و كان القياس الاستسراء من تسريت اذا اتخذت سرية لكنها ردت الحرف الى الاصل و هو تسررت من السر النكاح او من السرور فابدلت احدى الراآت ياء و قيل ان اصلها الياء من الشيئ السري النفيس انتهى.

و هذا لان الجارية منكرة في هذا الشرط فيتناول كل جارية على الانفراد، و ان اشترى جارية فتسراها لم تعتق بهذه اليمين، خلافا لزفر رحمه الله تعالى فانه يقول التسري لايصح الا في الملك، فكان ذكره ذكر الملك فصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكوراً. و لنا ان الملك يصير مذكوراً ضرورة صحة التسري، و هو شرط فيتقدر بقدره،

الدهر دهري بالضم، و الى الارض السهلة سهلى بالضم و قال الكاكي للتسري معنى لغوي و شرعي اما في اللغة فالتسري ماخوذ من السرية واحدة السراري و هي الامة التي يبوئها بيتاً، و كان الاخفش يقول انها مشتقة من السرور، لانه يسرها يقال تسررت و تسريت ايضا كما يقال تظنيت من الظن قلبت احدى النونين ياء. و قيل السرية ماخوذة من السرى و هو السيد لانه اذا اتخذها سرية فقد جعلها سيدة الجواري و اما في الشرع فالتسري عبارة عن التحصين و الوطء و به قال الشافعي(١) رحمه الله تعالى في وجه. و قال في وجه الوطء مع الانزال و التحصين. و قال في وجه يكفي الوطء و به قال احمد رحمه الله تعالى و قال ابويوسف رحمه الله تعالى يشترط مع الوطء طلب الولد، حتى لو وطئها و عزل عنها لاتكون سرية عنده، و عندهما التسري عبارة عن ان يبوئها بيتاً و يحصنها، و ان لم يطلب ولدها (و هذا) توضيح لانعقاد اليمين في حقها (لان الجارية منكرة في هذا الشرط، فتناول كل جارية على الانفراد) لان النكرة وقعت في موضع النفي فعمت (و ان اشترى جارية فتسراها لم تعتق، خلافا لزفر رحمه الله تعالى) فعنده تعتق في الحالين (فانه) اي فان زفر رحمه الله تعالى (يقول التسري لايصح الا في الملك، فكان ذكره ذكر الملك) فانه لايصح الا به (و صار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر، يصير التزوج مذكوراً) دلالة لان الطلاق لايصح بدون متابعة النكاح، فكانه قال ان نكحتك و طلقتك فعبدي حر فان قيل٢) هذا قول بالاقتضاء و زفر رحمه الله تعالى لايقول بالاقتضاء و اجيب بان اثبات الملك ههنا بدلالة اللفظ لا بالاقتضاء و الفرق بينهما ان الثابت دلالة ما يكون مفهوما من اللفظ بلاتامل و اجتهاد كما كان النهي عن الضرب و الشتم و سائر الافعال الموذية مفهوما من النهى عن التافيف و لا كذلك المقتضى لان المقتضى لايفهم من ذكر المقتضى ثم اذا قيل ما نحن فيه عند فلان سرية يراد بها جارية مملوكة من غير تامل فلما كان الملك مفهوما من التسري بلا تامل و اجتهاد كان الملك ثابتا بطريق الدلالة لا بطريق الاقتضاء (و لنا ان الملك يصير مذكوراً ضرورة صحة التسري و هو شرط) اي التسري شرط (فيتقدر بقدره) اي يتقدر الملك بقدر

---

(١) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ راجع تكملة شرح المهذب ص٩٦ ج١٨. (٢) فان قيل الخ كذا =>

فلا(١) يظهر في حق صحة الجزاء، و هو الحرية، و في مسألة الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء، حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلاثاً فتزوجها و طلقها لاتطلق ثلاثا، فهذه و زان مسألتنا و من قال كل مملوك لي حر يعتق امهات اولاده و مدبروه و عبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء، اذ الملك ثابت فيهم رقبة و يداً، و لايعتق مكاتبوه الا ان ينويهم، لان الملك غير ثابت يداً، و لهذا لايملك اكسابه و لايحل له وطء المكاتبة، بخلاف ام الولد و المدبرة، فاختلت الاضافة فلابد من النية

الضرورة، و ذكر الضمير الراجع الى الضرورة على تاويل الاضطرار (فلايظهر في حق صحة الجزاء، و هو الحرية) فلم يصح اليمين في حق الامة المشتراة (و في مسألة الطلاق) جواب عن قوله كما اذا قال لاجنبية تقريره ان في مسألة الطلاق، و هي اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر (انما يظهر) اي انما يظهر ملك النكاح (في حق الشرط) يعني في حق الطلاق الذي هو شرط (دون الجزاء) يعني لايظهر في حق الجزاء (حتى لو قال لها) اي لاجنبية (ان طلقتك فانت طالق ثلاثا فتزوجها و طلقها) يعني واحدة (لاتطلق ثلاثا) لان ملك النكاح ثبت اقتضاء ضروة صحة الشرط. فلم يظهر في حق صحة الجزاء (فهذه وزان مسألتنا) اي هذه المسألة و هي قوله ان طلقتك فانت طالق ثلاثا فتزوجها و طلقها لاتطلق ثلاثا نظير مسألتنا، و هي قوله ان تسريت جارية فهي حرة، لان في كل منهما لم يظهر الملك الثابت ضرورة في حق صحة الجزاء، و نظير(٢) مسألة زفر رحمه الله تعالى و هي قوله لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر ما اذا قال ان تسريت جارية فعبدي حر فاشتراها و تسراها يعتق العبد كما اذا تزوجها فطلقها يعتق العبد، لان الملك قائم في العبد في الحال في الصورتين جميعاً. فالحاصل ان الملك وقع شرطاً للشرط الذي هو الطلاق او التسري فلايكون شرط الشرط شرطاً للجزاء. (و من قال كل مملوك لي حر يعتق امهات اولاده و مدبروه و عبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء) يعني ان كل واحد من هؤلاء بالاضافة الى نفسه بقوله لي كامل (اذ الملك ثابت فيهم رقبة و يدا) فاذا كان كذالك دخلوا تحت كلمة كل فيعتقون (و لايعتق مكاتبوه الا ان ينويهم، لان الملك غير ثابت يداً، و لهذا لايملك اكسابه) اي اكساب المكاتب (و لايحل له وطء المكاتبة) فكان المكاتب مملوكاً من وجه دون وجه (بخلاف ام الولد و المدبرة فاختلت الاضافة) اي اضافة الملك الى المكاتب (فلابد من النية) فاذا نوى عملت

=> في العناية و الكفاية. (١) فلان - ن - و لا. (٢) و نظير الخ و في العناية اما وزان مسئلة زفر رحمه الله تعالى فهو ان يقول ان تسريت جارية فعبدي حر فاشترى جارية فتسري بها عتق العبد لقيام الملك في الحال في العبد فيصح تعليق عتقه بشرط سيوجد انتهى.

و من قال لنسوة له هذه طالق او هذه و هذه طلقت الاخيرة و له الخيار في الاولين، لان كلمة او لاثبات احد المذكورين، و قد ادخلها بين الاولين، ثم عطف الثالثة على المطلقة، لان العطف للمشاركة في الحكم، فيختص بمحله، فصار كما اذا قال احداكما طالق و هذه و كذا اذا قال لعبيده هذا حر او هذا و هذا عتق الأخير، و له الخيار في الاولين لما بينا.

نيته، و كذا معتق البعض لايعتق الا بالنية. و في المبسوط(١) و لو نوى بقوله كل مملوك لي الرجال دون النساء يصدق ديانة لا قضاء، لانه نوى التخصيص بوصف ليس في لفظه ذكره و لا عموم الا للفظ فلايعمل نيته بخلاف الرجال، لان لفظ المملوك للرجال حقيقة دون النساء، و يقال للانثى مملوكة، و لكن عند الاختلاط يستعمل لهما المملوك عادة، فلو نوى الذكر فقد نوى حقيقة كلامه، و لكنه خلاف الظاهر، فلايصدق قضاء و يصدق ديانة. و لهذا لو نوى النساء وحدها لايصدق ديانة و لا قضاء. و لو قال لم انو المدبرين لم يصدق قضاء و ديانة. و في رواية يصدق ديانة (و من قال لنسوة له هذه طالق او هذه و هذه طلقت الاخيرة، و له الخيار في الاولين) اي في تعيين احداهما (لان كلمة او لاثبات احد المذكورين) اي لاحد الشيئين (و قد ادخلها بين الاولين ثم عطف الثالثة على المطلقة، لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله) اي يختص العطف بمحل الحكم، و محل الحُكم المطلقة من احدى الاولين، فكانت الثالثة طالقاً، لان الواو تقتضي الاشتراك في الحكم، و الحكم هنا هو الطلاق (فصار كما اذا قال احداكما طالق و هذه، و كذا اذا قال لعبيده هذا حر او هذا و هذا عتق الآخر، و له الخيار في الاولين) اي في تعيين احد العبدين الاولين. و اما الآخر فيعتق بلا شك فان قلت لم لايكون الشك في المرأة الثالثة ايضاً لان الواو للجمع، و قد جمع الثالثة مع الثانية و في الثانية، شك فينبغي ان يقع الشك في الثالثة، و لهذا قال زفر رحمه الله تعالى لايقع في الحال شيء و يخير بين ان يوقع على الاولى او على الاخرين كما اذا قال هذه طالق او هاتان ذكر قولهما في جامع الفتاوي. قلت نعم انها للجمع لكنه ذكر الثالثة بعد وقوع الطلاق على احد الاولين غير عين، فاقتضت الجمع بين طلاق الثالثة و بين طلاق احدى الاولين، فصارت الثالثة مرادة بايجاب الطلاق. و كذا العبد الثالث، فكانه قال احداكما طالق و هذه، و احدكما حر و هذا. و قال الحاكم الشهيد رحمه الله تعالى في الكافي اذا قال انت طالق و فلانة او فلانة فالاولى طالق، و الخيار في الاخرين فان قلت العطف(٢) كما يصح على من وقع عليه الحكم يصح ايضا على من لم يقع عليه الحكم، و

---

(١) و في المبسوط للسرخسي باب لوجوه من العتق ص٧٩ ج٧ و كذالك في فتح القدير و الكفاية و العناية.

(٢) فان قلت العطف الخ كذا في العناية.

باب اليمين في البيع و الشراء و التزوج و غير ذلك

و من حلف لايبيع او لايشتري او لايؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد من العاقد، حتى كانت الحقوق

الاصل عدم الحكم فيعطف على من لم يقع عليه الحكم، كما في قوله و الله لا اكلم فلانا او فلانا و فلانا فانه ان كلم الاول حنث، و ان كلم احد الآخرين لايحنث حتى يكلمهما و يكون الثالث معطوفاً على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم منفرداً و هذا لان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع، فصار كانه قال هذه طالق او هاتان، فحينئذ كان هو مخيراً في الطلاق و العتاق ان شاء اوقع على الاولى، و ان شاء اوقع على الاخرين. قلت اجيب بان هذا الذي ذكرته هو رواية ابن سماعة رحمه الله تعالى عن محمد رحمه الله تعالى فاما الذي ذكره في الكتاب فهو ظاهر الرواية و العرف بين ظاهر الرواية في الطلاق و العتاق، و بين قوله و الله لا اكلم فلانا او فلانا و فلاناً في ان الثالث معطوف على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم، و هو مسألة الجامع هو ان كلمة او اذا دخلت بين شيئين يتناول احدهما نكرة الا ان في الطلاق و العتاق الموضع موضع الاثبات و النكرة في موضع الاثبات تخص فتتناول احدهما فاذا عطف الثالث على احدهما صار كانه قال احداكما طالق و هذه و لو نص على هذا كان الحكم ما قلنا. اما في مسألة الجامع فالموضع موضع النفي و هي فيه تعم كما في قوله تعالى و لاتطع منهم آثماً او كفوراً(١) فصار كانه قال و الله لا اكلم فلانا و لا فلاناً فلما ذكر الثالث بحرف الواو صار كانه قال او هاذين و لو نص على هذا كان الحكم هكذا فكذا ههنا.

(باب اليمين في البيع و الشراء و التزوج و غير ذلك)

اي هذا باب في بيان احكام اليمين الى آخره. قوله - و غير ذلك - اي من الطلاق و العتاق و الضرب، كما اذا قال لايطلق و لايعتق و لايضرب فامر غيره بذلك، و سيجيء بيانه ان شاء الله تعالى. و لما كانت التصرفات في الأيمان في هذه الاشياء اكثر وقوعاً بالنسبة الى اليمين في الحج و الصلاة و الصوم، قدم(٢) هذا الباب على باب اليمين في الحج الخ (و من حلف لايبيع او لايشتري او لايؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث) و به قال الشافعي(٣) رحمه الله تعالى في الاظهر. و قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى يحنث، لان بالامر يصير كانه فعله بنفسه، كما لو حلف لايحلق رأسه فامر غيره بحلقه يحنث (لان العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق

---

(١) كفورا - الدهر - ٢٤. (٢) قدم هذا الباب الخ و الحاصل ان كل باب عقده فوقوعه اقل مما قبله و اكثر مما بعده فتح. (٣) قال الشافعي رحمه الله تعالى كذا في فتح القدير.

عليه و لهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه، فلم يوجد ما هو الشرط و هو العقد من الآمر، و انما الثابت له حكم العقد الا ان ينوي ذلك، لان فيه تشديداً، او يكون الحالف ذا سلطان لايتولى العقد بنفسه، لانه يمنع نفسه عما يعتاده و من حلف لايتزوج او لايطلق او لايعتق

عليه) اي على الوكيل و الحقوق مثل تسليم المبيع اذا كان بائعا و قبضه اذا كان مشترياً، و قبض الثمن اذا كان بائعا و الرجوع على البائع عند ظهور الاستحقاق و الخصومة في العيب (و لهذا) اي و لكون عدم الحنث عند وجود العقد من غير الحالف (لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه) لوجود الشرط الذي هو العقد منه، و قوله (فلم يوجد ما هو الشرط و هو العقد من الآمر) من تتمة تعليل قوله لم يحنث، لان شرط الحنث و هو عقد الحالف على هذه الاشياء لم يوجد منه، و انما وجد من المامور (و انما الثابت له حكم العقد) هذا جواب عما قال الخصم ان هذا العقد ثابت له اي للآمر، و تقريره ان الثابت للآمر حكم العقد و هو الملك(١) (الا ان ينوى ذلك) استثناء قوله لم يحنث، اي الا ان ينوي الحالف ان لا يأمر غيره ايضا فحينئذ يحنث(٢) (لان فيه تشديداً) اي تغليظا عليه (او يكون الحالف ذا سلطان) اي ذا شوكة (لايتولى العقد بنفسه، لانه يمنع نفسه عما يعتاده) اي لان ذا سلطان(٣) كالقاضي و نحوه، اذا منع نفسه عن الفعل يمنعها بما هو عادة له في ذلك الفعل، فاذا حلف لايبيع و لايشتري فكانه قال لا آمر بالبيع و لا آمر بالشراء، بدلالة الحال فيحنث في يمينه بفعل المامور و اعلم ان الضابطة(٤) في هذه التصرفات لاصحابنا فيما يحنث بفعل المامور، و فيما لايحنث شيئان، احدهما ان كل فعل يرجع الحقوق فيه الى المباشر فالحالف لايحنث بمباشرة المامور، و هو الذي ذكره المصنف رحمه الله تعالى بقوله و من حلف لايبيع.. الى آخره. و ذكر ثلاثة اشياء البيع و الشراء و الاجارة. و من هذا الباب التزويج و الاستئجار و الصلح عن المال و القسمة و الخصومة و ضرب الولد. و الثاني هو الذي لايتعلق الحقوق بالمباشر بل بالآمر، و لم يكن له حقوق، فحينئذ يكون فعل المامور كفعل الآمر، و هو الذي اشار اليه بقوله (و من حلف لايتزوج او لا يطلق او لايعتق) و ذكر ثلاثة اشياء في هذا القسم، و

---

(١) و هو الملك - بخلاف الحلق لان اليمين لم تنعقد فيه على حلقه بنفسه لانه غير معتاد و انما انعقدت على الحلق مطلقاً فيحنث بفعل الغير كما لو حلق بنفسه بان كان ممن يقدر على ذلك و يفعله فتح القدير. (٢) يحنث اي بالامر ايضا. (٣) لان ذا سلطان الخ و في العناية او يكون الحالف ذا سلطان يعني اذا باشره المامور حنث لان مقصوده من اليمين منع نفسه عما هو معتاده و معتاده الأمر للغير فلما امر غيره و فعل المامور حنث و مع ذلك لو فعله بنفسه حنث ايضا لوجود البيع منه حقيقة. (٤) ان الضابطة الخ كذا في الشروح الثلاثة.

فوكل بذلك حنث، لان الوكيل في هذا سفير و معبر، و لهذا لايضيفه الى نفسه بل الى الآمر و حقوق العقد ترجع الى الآمر لا اليه. و لو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة، و سنشير الى المعنى في الفرق ان شاء الله تعالى. و لو حلف لايضرب عبده او لايذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث في

من هذا الباب المكاتبة و الصلح عن دم العمد و الهبة و الصدقة و القرض و الاستقراض و ضرب العبد و الذبح و البناء و الخياطة و الايداع و الاستيداع و الاعارة و الاستعارة و قضاء الدين و القبض و الكسوة و الحمل و احد الثلاثة التي ذكرها التزوج فانه اذا حلف لايتزوج (فوكل بذلك حنث)(١) و قال في نوادر هشام رحمه الله تعالى اذا زوجه غيره امرأة بغير اذن الحالف. ثم ان الحالف اجازه قال محمد رحمه الله تعالى لايحنث. و في مسائل اهل البصرة فيما كتبوا الى محمد بن الحسن رحمه الله تعالى اذا حلف لا اتزوج فوكل وكيلاً بالنكاح لايحنث، و هو خلاف الاصل، كذا ذكر الناطفي رحمه الله تعالى في الاجناس، فوكل بذلك، اي بكل واحد من التزوج و الطلاق و العتاق يحنث، و به قال مالك و احمد و الشافعي رحمهم الله تعالى في وجه، ذكره في تتمتهم، و قال في الوجيز و اكثر كتبهم لايحنث لعدم الفعل منه، و لهذا يصدق ما نكح فلان، و انما قبل له الوكيل بالنكاح كما في البيع و نحوه، و قلنا نحن بالحنث (لان الوكيل في هذا سفير) قال في المغرب(٢) السفير الرسول المصلح بين القوم و منه الوكيل سفير (و معبر) من التعبير، و هو الذي يعبر، اي يفسر الوكيل ما يقع بينه و بين المؤكل من الامر الذي و كله فيه (و لهذا) اي و لكونه سفيراً و معبراً (لايضيفه) اي لايضيف الوكيل ما وكل فيه (الى نفسه، بل الى الآمر) اي بل يضيفه الى الآمر و هو الموكل، فصار كأن الموكل فعله بنفسه (و حقوق العقد) اي في الاشياء الثلاثة المذكورة (يرجع الى الآمر) و هو الموكل (لا اليه) اي لاترجع الحقوق الى المامور، و هو الوكيل و الحقوق ظاهرة، و هي وجوب المهر في التزوج و وقوع الطلاق و وقوع العتاق (و لو قال عنيت ان لا اتكلم به) اي بلفظ التزوج و التطليق و الاعتاق (لم يدين) اي لم يصدق (في القضاء) لانه خلاف الظاهر، و قيد بقوله (خاصة) لانه يصدق ديانة، لانه نوى شيئاً يحتمله لفظه، فصحت النية و الله يعلم الباطن (و سنشير الى المعنى في الفرق ان شاء الله تعالى) اراد به قوله في المتن(٣) و وجه الفرق كأن الطلاق ليس الا تكلما بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها الى آخر ما قال (و لو حلف لايضرب عبده او لايذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث في

---

(١) حنث يعني اذا فعله الوكيل و هو قول مالك و احمد و وجه للشافعية و اكثرهم لايحنث لانه لم يفعل و انما نسبته الى الآمر مجاز فتح. (٢) المغرب ص٣٩٨ ج١ و كذا في لسان العرب. (٣) في المتن اي بعد اسطر.

يمينه، لان المالك له ولاية ضرب عبده و ذبح شاته فيملك توليته غيره، ثم منفعته راجعة الى الآمر، فيجعل هو مباشراً اذ لا حقوق له ترجع الى المأمور، و لو قال عنيت ان لا اتولى ذلك بنفسي دين في القضاء، بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره، و وجه الفرق ان الطلاق ليس الا تكلماً بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها، و الامر بذلك مثل التكلم به، و اللفظ ينتظمهما، فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام، فيدين ديانة لا قضاء، اما الذبح و الضرب فعل(١) حسي يعرف باثره و النسبة الى الآمر بالتسبيب مجاز(٢) فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة و قضاء.

يمينه) و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى و عند الشافعي رحمه الله تعالى لايحنث (لان المالك له ولاية ضرب عبده و ذبح شاته فيملك توليته غير ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هو مباشراً، اذ لا حقوق له ترجع الى المامور) توضيحه ان الفعل ينسب الى الآمر و ليس فيه حقوق تتعلق بالمامور و منفعته تعود الى الآمر، لان العبد يكون مؤتمراً بأمر المولى فكان فعل المامور كفعل الآمر (و لو قال) اي الحالف المذكور (عنيت ان لا أتولى ذلك بنفسي) اي قصدت ان لا اتولي ضرب العبد او ذبح الشاة بنفسي (دين في القضاء) قال الاترازي رحمه الله تعالى صدق قضاء و ديانة (بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره) مثل النكاح و العتاق، ثم اشار الى الفرق بين الصورتين بقوله (و وجه الفرق) و هذا هو الفرق الذي وعد قبل هذا(٣) و بيان وجهه (ان الطلاق ليس الا تكلما بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها و الامر بذلك) اي بالطلاق و العتاق و النكاح (مثل التكلم به، و اللفظ ينتظمهما) اي ينتظم التكل بذلك و الامر بذلك، لان المامور كالرسول، و لسان الرسول كلسان المرسل بالاجماع، فيكون النطق بلسانه كالنطق بنفسه، فيكون ما عناه خلاف الظاهر و هو متهم فيه، فلايصدق قضاء، و هو معنى قوله (فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة) اي يصدق فيما بينه و بين الله تعالى (لا قضاء) اي لايصدق في القضاء، لانه خلاف الظاهر كما ذكرناه (و اما الضرب) اي ضرب العبد (و الذبح) اي ذبح الشاة (ففعل حسي يعرف باثره) و لايحتاج فيه الى الامر، حتى يكون ضربا او ذبحاً (و النسبة الى الآمر) اي نسبة الفعل الى الآمر (بالتسبيب) اي بسبيل التسبيب (مجازاً، فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة، فيصدق ديانة و قضاء) و ان كان في ذلك تخفيف له. و قيل(٤)

---

(١) فعل – ن – ففعل. (٢) مجاز – ن – مجازاً. (٣) و عد قبل هذا بقوله و سنشير الى المعنى في الفرق.
(٤) و قيل ذكر الخ كذا في الكفاية و راجع الفتح ايضا.

و من حلف لايضرب ولده فامر انساناً فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه و هو التادب و التثقف فلم ينسب فعله الى الآمر، بخلاف الامر بضرب العبد، لان منفعته الائتمار بامره، فيضاف الفعل اليه. و من قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فلبس(١) المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه و لم يعلم لم يحنث، لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به، و ذلك بان يفعله بامره اذ البيع يجري فيه النيابة و لم يوجد،

ذكر القضاء في مسألة الضرب رواية في الطلاق، لانه في الموضعين اذا نوى المباشرة فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق قضاء في الفصلين. و به قال الشافعي رحمه الله تعالى (و من حلف لايضرب ولده فامر انساناً فضربه، لم يحنث في يمينه، لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه) اي الى الولد (و هو) اي(٢) المنفعة المذكورة (التادب و التثقف)(٣) يقال ثقفت الرمح فتثقف، اي سويته فاستوى، حاصله ان يتادب و يسلك الطريق الحميدة، و يختار السير الصالحة و يتجانب الافعال المستقبحة و يترك الهوى و الشهوة فذلك منفعة خالصة للولد، و ان كان فيه منفعة للوالد ايضا ضمنا فلم يجعل ضرب المامور كضرب الآمر (فلم ينسب فعله الى الآمر. بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعته الائتمار) اي الانقياد بأوامره و الاطاعة للمولى عائدة الى الآمر (بامره فيضاف الفعل اليه) اي الى الآمر، لان ضرب المامور كضرب المولى فيحنث بضرب المامور (و من قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق، فلبس المحلوف عليه ثوبه) اي اخفاه (في ثياب الحالف فباعه) اي الحالف و الحال انه لم يدر (و لم يعلم به لم يحنث، لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به) اي يقتضي اختصاص الفعل بالمحلوف عليه (و ذلك بان يفعله بامره) سواء كان العين ملكه او لا (اذ البيع يجري فيه النيابة و لم يوجد) اي الامر فلايحنث لان تقدير الكلام ان بعت ثوباً بوكالتك و بامرك و لم يوجد. و الاصل(٤) في معرفة ذلك ان يعرف ان اللام قد يكون للتمليك نحو المال لزيد، و قد يكون للتعليل نحو فعلت هذا لمرضاتك، اي لاجل ابتغاء مرضاتك، فلايصرف لاحدهما الا بوجود المرجح او لتعذر صرفه الى الآخر و هنا اصلان آخران احدهما ان تصحيح الكلام مع مراعاة النظم اولى من تصحيحه مع تغير نظامه. و الآخر ان

---

(١) فلبس - ن - فدس. (٢) و هو اي المنفعة و ذكر ضمير المنفعة نظرا الى الخبر و هو التادب و التثقف - العناية. (٣) التقف الخ و في الفتح اي التقوم و ترك الاعوجاج في الدين و المروءة و الاخلاق. (٤) و الاصل الخ راجع لهذا المبحث العناية و الفتح.

بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوباً لك حيث يحنث اذا باع ثوباً مملوكاً له سواء كان بامره او بغير امره علم بذلك او لم يعلم، لان حرف اللام دخل على العين، لانه اقرب اليه فيقتضى اختصاص العين به و ذلك بان يكون مملوكا له. و نظيره الصياغة و الخياطة و كل ما يجري فيه النيابة، بخلاف الاكل و الشرب و ضرب الغلام

كل فعل يجري فيه الوكالة قد يفعله الفاعل تارة لنفسه و تارة لغيره، و ما لايجري فيه الوكالة لايعمل لغيره فيتعين اللام فيه للملك، ففي المسألة المذكورة لم يحنث، لان المعنى بعت لاجلك و لم يوجد البيع لاجل المحلوف عليه لعدم امره. (بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوباً لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكاً له، سواء كان بامره او بغير امره علم بذلك او لم يعلم، لان حرف اللام دخل على العين) اي تعلق به (لانه اقرب اليه فيقتضي اختصاص العين به) اي بالمحلوف عليه، يعني لما كانت اللام مقرونة بالبيع، و البيع من الافعال التي تملك بالعقد اقتضت ان يكون البيع مختصا بالمحلوف عليه بان يقع فعل البيع للمحلوف عليه، و وقوعه له بان يبيعه بامر المحلوف عليه و لم يوجد البيع بامره فلايحنث، بخلاف ما اذا قال ثوبا لك حيث يحنث اذا باعه بامره او بغير امره و لايشترط العلم بذلك، لان اللام لما قرنت بالعين و كانت اقرب الى العين من الفعل اقتضت اختصاص العين بالمحلوف عليه، و الاختصاص بان يكون العين ملكا للمحلوف عليه (و ذلك بان يكون مملوكاً له) اي الاختصاص بالمحلوف عليه، بان يكون الثوب مملوكاً له، لان اللام في هذه الصورة جاورت العين، فاوجبت ملك العين لا ملك الفعل تقدير يمينه ان بعت ثوباً هو مملوكك فلو باع ثوبا مملوكاً له يحنث، سواء علم به او لا و بامره اولا و في الدخول و نحوه يقع اليمين على تلك العين، سواء قدم اللام بان قال ان اكلت لك طعاماً او شربت لك شراباً، او اخر بان قال طعاماً لك او شراباً لك، لان هذا الفعل مما لايملك بالعقد فوجب صرف اللام الى ما يملكه بالعقد، و هو العين، بخلاف الفصل الاول، لان كل واحد منهما مما يملك بالعقد و هو العين فرجحنا بالقرب فان نوى غيره صدق قضاء فيما فيه تغليظ عليه، لا فيما فيه تخفيف. فان نوى من قوله بعت لك بعت ثوباً لك و على العكس يصدق ديانة فيهما، لانه نوى ما يحتمله كلامه بتاخير اللام و تقديمه اذ الكلام يحتملهما و لايصدق قضاء فيما فيه تخفيف عليه (و نظيره) اي نظير البيع (الصياغة و الخياطة) و نحوهما ذكرناه عن قريب (و كل ما يجري فيه النيابة) عطف على ما قبله و ما يجري فيه النيابة نحو الكتابة و الهبة و الصدقة، و قد ذكرنا هذا القسم عن قريب عند ذكر التزوج و الطلاق و العتاق (بخلاف الاكل و الشرب و ضرب الغلام) صرح قاضي خان في جامعه بان المراد بالغلام العبد، لان الضرب مما لايملك بالعقد. و قال المرغيناني المراد بالغلام

لانه لايحتمل النيابة فلايفترق الحكم فيه في الوجهين. و من قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط و هو البيع و الملك فيه قائم فينزل الجزاء

الولد، و سمى الولد غلاماً قال الله تعالى انا نبشرك بغلام اسمه يحيى(١) و هذا هو الصواب، لان ضرب العبد يحتمل النيابة كما ذكرنا، و لهذا لو حلف لايضرب عبده فامر غيره بضربه حنث، لان المنفعة تعود اليه، وقد ذكره المصنف قبيل هذا. و قال الاكمل(٢) و من الشارحين من وجه الاول(٣) و قال تاج الشريعة رحمه الله قال الامام الاستاذ ناقلاً عن استاذه ان المراد من الغلام العبد، قال و ذكر بعض الشارحين صريحاً انتهى. و قال الاكمل اجاب عن المسألة المذكورة، اي اجاب الشارح الذي قال المراد من الغلام العبد بان محمداً لم يذكرها، و هو مخالف لما ذكره المصنف و تخطية له فانه ذكرانه لا حقوق له ترجع الى المامور، و مع ذلك جعله مما يحتمل النيابة (لانه) اي لان كل واحد من هذه الاشياء الثلاثة (لايحتمل النيابة، فلايفترق الحكم فيه في الوجهين) اي لايفترق حكم الحنث فيما لايجري فيه النيابة كالاكل و الشرب و ضرب الغلام في الوجهين، يعني اذا قدم اللام او اخر فان قلت ضرب الغلام يجري فيه النيابة كما سبق ان من حلف لايضرب عبده يحنث بضرب ماموره. قلت المراد من جريان النيابة بانه يتعلق بها حقوق يرجع الوكيل بما لحقه من العهدة على الموكل، و هنا ليس لضرب العبد حقوق تلحق الوكيل يرجع بها على الموكل فافهم (و من قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط و هو البيع، و الملك فيه قائم) لان خياره يمنع خروج البيع عن ملكه بالاتفاق (فينزل الجزاء) و هو الحرية، و به قال مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى في وجه. و قال احمد رحمه الله تعالى لايعتق، لان خيار البائع يخرج المبيع عن ملكه عنده. و قيد بقوله باعه بالخيار لانه لو باعه بيعاً باتا لايعتق بالاجماع لخروج المبيع عن ملكه، فلم يبق محلاً للجزاء، فلاينزل الجزاء في غير الملك و لهذا يعرف ان العلة مع المعلول يقترنان في الوجود و اما الشرط و المشروط يتعاقبان. فان قيل(٤) لو كان البيع من غير افادة الحكم كافيا لوقوع ما علق به لكان النكاح كذلك، فاذا علق

---

(١) يحيى - مريم - ٧. (٢) الاكمل في العناية و راجع لهذا البحث الفتح و الكفاية ايضا و لفظ الفتح ثم ذكر ظهير الدين ان المراد بالغلام الولد لان ضرب العبد يحتمل النيابة و الوكالة فكان كالاجارة قال تعالى و بشروه بغلام و قال قاضي خان (في الجامع الصغير) المراد به العبد للعرف و لان الضرب مما لايملك بالعقد و لايلزم و محل الضرب يملك به فانصرف اللام الى ما يملك لا الى ما لايملك انتهى. (٣) من وجه الاول بان المراد بالوكالة و النيابة وكالة يتعلق بها حقوق يرجع بها الوكيل بما يلحقه من العهدة على الموكل و ليس للضرب شيء من ذلك فكان كالاكل و الشرب. العناية. (٤) فان قيل لو كان الخ كذا في العناية و نحوه في الكفاية.

و كذلك لو قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على أنه بالخيار يعتق ايضا، لان الشرط قد تحقق و هو الشراء و الملك قائم فيه، و هذا على اصلهما ظاهر، و كذا على اصله، لان هذا العتق بتعليقه، و المعلق كالمنجز. و لو نجز العتق يثبت الملك سابقاً عليه فكذا هذا. و من قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فاعتق او دبر طلقت امرأته، لان الشرط قد تحقق، و هو عدم البيع لفوات محلية البيع.

العتق بالنكاح و وجد النكاح فاسداً وجب ان ينزل الجزاء و ليس كذلك. اجيب بان جواب البيع ليس مع المنافي، و جواز النكاح مع المنافي، لانه رق و الانسانية تنافيه، فاذا كان النكاح فاسداً اعتقد فساده بما يخالف الدليل فترجح جانب العدم فصار كأن لم يكن، بخلاف البيع، لانه موافق للدليل، فكان موجوداً، بالايجاب و القبول في المحل و ان لم يفد الحكم (و كذلك لو قال المشتري ان اشتريته فهو حر، فاشتراه على انه بالخيار يعتق ايضاً، لان الشرط قد تحقق، و هو الشراء و الملك قائم فيه) اي في العبد فينزل الجزاء، هذا في قولهم جميعاً (و هذا على اصلهما) اي على اصل ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (ظاهر) لان خيار المشتري لايمنع ثبوت ملك المشتري عندهما، فثبت الملك سابقاً على العتق، فينزل العتق في الملك، و به قال مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى في وجه. و قال مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى في وجه لايعتق، لان انتقال الملك بسقوط الخيار، فقبل سقوطه وجد الشرط و ينحل اليمين فلايعتق لعدم الملك (و كذا على اصله) اي اصل ابي حنيفة رحمه الله تعالى يعني يعتق. و ان كان خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه (لان هذا العتق بتعليقه) اي بتعليق المشتري لا بالملك (و المعلق كالمنجز) يعني المعلق بالشرط كالمنجز، فكانه قال بعد الشراء اعتقت هذا العبد (و لو نجز) اي المشتري (العتق) في هذه الصورة (يثبت الملك سابقاً عليه) اي على التنجيز (فكذا هذا) اي فكذا في تعليق العتق بالشراء اذا وجد الشراء يكون كانه نجز العتق حالة الشراء، بخلاف قوله ان ملكتك فانت حر فاشتراه على انه بالخيار لايعتق، لان شرط الحنث و هو الملك لم يوجد، لان المشتري بالخيار لم يملكه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى فلم ينزل الجزاء، و بخلاف ما اذا اشترى ذا رحم محرم بالخيار حيث لايعتق على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى لعدم الملك، لان الخيار من المشتري مانع لتملكه (و من قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فاعتق او دبر طلقت امرأته لان الشرط قد تحقق، و هو عدم البيع لفوات محلية البيع) اي بالاعتاق و التدبير فتطلق كما لو مات الحالف او العبد، و لا خلاف فيه فان قيل(١) لم يقع الياس عن البيع بالتحرير و

---

(١) فان قيل لم يقع الخ كذا في الشروح الثلاثة. و لفظ الكفاية فان قيل المحلية في التدبير باقية فانه =>

و اذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي، فقال كل امرأة لي طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انها لاتطلق لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه. و لان غرضه ارضاؤها و هو بطلاق غيرها فيتقيد به. و وجه الظاهر عموم الكلام، و قد زاد على حرف الجواب، فيجعل مبتدئاً و قد

التدبير لجواز ان ترتد الجارية فتسبى بعد اللحاق فملكها هذا الرجل و يبيعها و بالتدبير، لجواز ان يقضي القاضي بجواز البيع، و اجيب بان ذالك موهوم، فلايعتبر. و قيل الحالف عقد يمينه على الملك االقائم لا على الملك الذي سيوجد (و اذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي، فقال كل امرأة لي طالق ثلاثا طلقت هذه الذي حلفته في القضاء، و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انها) اي ان التي حلفته (لاتطلق) و مال كثير منهم(١) الى هذا القول (لانه) اي لان الزوج (أخرجه) اي اخرج الكلام (جواباً) لكلام المراة (فينطبق عليه) اي فينطبق الجواب على السوال، فكانه قال كل امرأة لي غيرك تزوجتها طالق ثلاثاً، و الاستثناء قد يكون دلالة كما يكون افصاحاً فيكون المحلفة مستثناة من عموم اللفظ دلالة، فينصرف الطلاق الى غيرها (و لان غرضه) اي غرض الزوج (ارضاؤها و هو بطلاق غيرها) لا بطلاق نفسها (فيتقيد به) اي بالكلام السابق، و الكلام السابق في تزوج غيرها، فان قيل(٢) قد زاد على قدر الجواب. قلنا الزيادة على القدر المحتاج اليه للجواب انما يخرج الكلام عن الجواب اذا لغت الزيادة متى جعل جواباً و لا تلغو الزيادة هنا ان جعل جوابا لانه قصد تطييب قلبها و تسكين نفسها و ذا بتطليق غيرها على العموم لجواز ان يقع في قلبها انه اراد بما قال غير التي ظنت (و وجه الظاهر عموم الكلام) اي وجه ظاهر الرواية ان العمل بعموم الكلام واجب ما امكن و قد امكن هنا، و هو قوله (و قد زاد على حرف الجواب) لان جوابه ان يقول ان فعلت فهي طالق ثلاثاً (فيجعل مبتدئاً) اي يعتبر مبتدئا لامجيبا (و قد

=>يتمكن بيع المدبر اذا قضى القاضي بجوازه قلنا عند القضاء بجواز بيعه ينفسخ التدبير و يكون البيع حينئذ بيع القن لا بيع المدبر و فوات المحلية انما كان ببقاء التدبير و قد قلنا ان بيع المدبر لايجوز فكان المحل فانيا و الحكم لايبني على ما يظهر عند قضاء القاضي في المجتهدات فان قيل لم يقع الياس في الجارية عن بيعها بالتحرير و التدبير لجواز ان ترتد فتسبى بعد اللحاق فيملكها هذا الرجل و يبيعها قلنا الحالف عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك و باعتباره تحقق الياس بالتدبير و التحرير و ما ذكرتم موهوم و الاحكام لاتبنى على الموهومات فتحقق الياس عن البيع نظرا الى الاصل انتهى. (١) و مال كثير الخ و في الفتح و ذكروا في شروح الجامع الصغير انها لاتطلق و اختاره شمس الائمة و كثير من المشائخ الخ. (٢) فان قيل قد زاد الخ كذا في الكفاية.

يكون غرضه ايحاشها حين اعترضت عليه فيما احله الشرع، و مع التردد لايصلح مقيداً، و ان نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء، لانه تخصيص العام.

باب اليمين في الحج و الصلاة و الصوم

قال و من قال و هو في الكعبة او في غيرها على المشي الى بيت الله تعالى او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشياً

يكون غرضه) جواب عن قول ابي يوسف رحمه الله تعالى لان غرضه ارضاؤها اي و قد يكون غرض الزوج (ايحاشها) اي ايحاش المرأة، اي انكارها (حين اعترضت عليه) اي على الزوج (فيما احله الشرع، و مع التردد) يعني بين ان يكون غرضه ارضاؤها، و بين ان يكون ايحاشها (لايصلح مقيداً) بكسر الياء مقيداً لارضائها بطلاق غيرها، و قيل اي لعموم اللفظ لاجل الاحتمال المذكور (و ان نوى غيرها) اي غير المحلفة (يصدق ديانة) لانه يحتمل كلامه، لان العام يحتمل الخصوص (لا قضاء) اي لايصدق قضاء (لانه تخصيص العام) لانه خلاف الظاهر.

(باب اليمين في الحج و الصلاة و الصوم)

اي هذا باب في بيان احكام اليمين في الحج و احكام اليمين في الصلاة، و احكام اليمين في الصوم و قدم(١) هذا الباب على باب اللبس لفضيلة العبادة و أخرها عن الباب المتقدم لقلة وقوع اليمين في الحج و الصلاة و الصوم (قال) اي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من قال و هو في الكعبة او في غيرها) الواو في و هو للحال و او في غيرها عطف عليه (على المشي الى بيت الله تعالى او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة) اي او عليه عمرة حال كونه (ماشيا) قال الكاكي رحمه الله تعالى و في لفظة، و هو الكعبة اشارة الى ان وجوب الحج او العمرة بقوله على المشي الى بيت الله بطريق المجاز، لا من حيث الحقيقة، اذ المشي الى بيت الله و هو في الكعبة، محال، كذا نقل عن العلامة مولانا حافظ الدين رحمه الله تعالى. و قال الاترازي رحمه الله تعالى و انما قيد بقوله في الكعبة لان ايجاب الحج او العمرة لما ثبت بقوله على المشي الى بيت الله او الى الكعبة مجازا بطريق اطلاق اسم السبب على المسبب صار كونه في الكعبة و في بقعة أخرى سواء و ذلك لان المشي الى بيت الله سبب للوصول الى الحج او العمرة في الجملة، فيصير كانه قال فعليه حجة او عمرة فاذا قال ذلك لزمه، فكذا اذا قال علي المشي الى بيت الله، ثم اذا

---

(١) و قدم الخ و نحوه في الفتح و العناية.

و ان شاء ركب و أهراق دماً. و في القياس لايلزمه شيء، لانه التزم ماليس بقربة واجبة و

اراد الحج(١) يحرم من الحرم و يخرج على عرفات ماشياً فان ركب يلزمه شاة و اذا اراد العمرة يخرج الى التنعيم و نحوه، و يحرم بالعمرة من ثمة، لان احرام المكي للعمرة خارج الحرم، و لم يذكر محمد رحمه الله تعالى انه يخرج الى التنعيم ماشياً او راكباً. و قد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم جاز له ان يركب وقت الرواح الى التنعيم لان الرواح اليه ليس بمشي الى بيت الله، و انما المشي اليه وقت الرجوع. و قال بعضهم يمشي وقت الرواح ايضا، لان الرواح اليه للاحرام، فكان مشياً الى بيت الله (و ان شاء ركب و اهراق دماً) عطف على ما قبله يعني المشي واجب عليه، فان ركب اهرق، اي اراق دما و الهاء فيه زائدة. و اعلم ان هنا ثمانية الفاظ في ثلاثة يلزمه بلاخلاف، و هي ان يقول على المشي الى بيت الله او الى الكعبة او الى مكة. و في رواية النوادر او الى بكة، و به قال مالك و احمد(٢) و الشافعي رحمهم الله تعالى في قول. و في الاصح لايلزمه شيء بقوله علي المشي الى بيت الله، الا ان ينويه لان جميع المساجد بيت الله. و في ثلاثة لايلزمه شيء باتفاق اصحابنا، و هي اذا نذر الذهاب الى مكة او السفر او الركوب اليها او المسير او المضي، و به قال مالك رحمه الله تعالى في قول قاله ابن القاسم عنه. و قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى و هو رواية اشهب عن مالك يلزمه الحج او العمرة، كما في قوله على المشي الى مكة. و في لفظين خلاف بين اصحابنا. و هو ما اذا نذر المشي الى الحرم او المسجد الحرام، فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لاشيء عليه، و عندهما عليه حجة و عمرة و به قالت الائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى و لو نذر المشي الى الصفا و المروة او بقعة من الحرم يلزمه المشي اليها بحج او عمرة عند الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى و اصبغ عن المالكية. و عندنا لايلزمه شيء و به قال مالك و لو نذر المشي الى مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم او الى المسجد الاقصى لا شيء عليه، و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و في قول ينعقد نذره و به. قال احمد رحمه الله تعالى لما روي انه عليه الصلوة و السلام قال لاتشد(٣) الرحال الا الى ثلاثة مساجد، المسجد الحرام، و المسجد الاقصى و مسجدي هذا. و قد نص بالاتيان و شد الرحال

---

(١) ثم اذا اراد الخ كذا في العناية. (٢) و به قال احمد الخ راجع المغني ص٣٤٦ ج١١ و مابعده و اوجز المسالك ما جاء في من نذر مشيا الى بيت الله ص١٢٢ ج٤ و اعلاء السنن باب من نذر الحج ماشياً ص٤٧٩ ج١٠. (٣) لاتشد الرحال الخ البخاري باب في فضل الصلوة في مسجد مكة و المدينة ص١٥٨ ج١ عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه و باب مسجد بيت المقدس عن ابي سعيد الخدري رضي الله تعالى و باب صوم يوم النحر ص٢٦٧ ج١ عن ابي سعيد رضي الله تعالى و كتاب الصيد و مسلم كتاب الحج باب سفر المرأة مع محرم الخ ص٤٣٣ =>

لامقصودة في الاصل، و مذهبنا ماثور عن علي رضي الله تعالى عنه

الى هذه المساجد و رجح العراقيون و اكثر اصحابه القول الاول، لما روي عن جابر رضي الله تعالى عنه(١) ان رجلا قام يوم الفتح فقال يارسول الله اني نذرت ان فتح الله عليك مكة ان اصلي في بيت المقدس ركعتين فقال عليه الصلوة و السلام صل هنا ثم اعاد عليه فقال صل هنا و معلوم ان هذا النذر يتعين بالاتيان و ان بيت المقدس لايقصد بالشد، فاشبه سائر المساجد، و المقصود من قوله عليه الصلوة و السلام لاتشد الرحال الى آخره تخصيص القربة و فضلها في هذه المساجد (و في القياس لايلزمه شيء) يعني في ايجاب الحجة او العمرة بلفظ المشي الى البيت او الى الكعبة، لان المشي امر مباح فالقياس ان يبطل النذر به (لانه التزم ما ليس بقربة واجبة) اي لعينه (و لامقصودة في الاصل)(٢) بل هو وسيلة لما هو قربة كالوضوء فان قيل(٣) الاعتكاف و هو اللبث ليس بقربة مقصودة و انما شرع لانتظار الصلوة و قد صح النذر به. قلنا الاعتكاف لايصح الا بالصوم، و الصوم من جنس القرب المقصودة. فان قيل الاعتكاف يصح في الليل، و ان كان الصوم لايصح فيه. قلنا صحة الاعتكاف في الليل تبع لصحة الاعتكاف في اليوم، و لهذا لو نذر الاعتكاف في الليل منفرداً عن اليوم لايصح. (و مذهبنا ماثور عن علي رضي الله عنه) قال الاترازي رحمه الله تعالى قال محمد رحمه الله تعالى في الاصل بلغنا عن علي بن ابي طالب رضي الله تعالى عنه انه قال من جعل على نفسه الحج ماشياً حج راكبا و ذبح شاة لركوبه. قال مخرج الاحاديث(٤) هذا غريب، ثم قال و روى البيهقي رحمه الله تعالى في المعرفة عن طريق الشافعي رحمه الله تعالى عن ابن عيينة عن سعيد بن ابي عروة عن قتادة عن الحسن عن علي رضي الله تعالى عنه في الرجل يحلف عليه المشي، قال يمشي، فان عجز ركب و أهدى بدنة. و

=> ج١ عن ابي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه مرفوعا و باب فضل المساجد الثلاثة ص٤٤٧ ج١ عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه مرفوعا و ابوداود عن ابي هريرة رضي الله تعالى مرفوعاً كتاب المناسك باب في اتيان المدينة ص٢٨٥ ج١ و الترمذي عن ابي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه باب ما جاء في اي المساجد افضل ص٤٤ ج١ و النسائي كتاب المساجد ما تشد الرحال اليه من المساجد ص١١٤ ج١. (١) جابر رضي الله تعالى عنه الخ رواه ابوداود كتاب الايمان و النذور باب من نذر ان يصلى في بيت المقدس ص١١٢ ج٢ و الدارمي باب من نذر ان يصلى في بيت المقدس ص٢٤١ ج٢ و الحاكم و البيهقي و صححه ايضا ابن دقيق العيد في الاقتراح كذا في تلخيص الحبير ص١٧٨ ج٤. (٢) في الاصل - اي في اصل الحج او العمرة و انما يقصد به الكمال و انما هو وسيلة لما هو قربة كالوضوء - الكفاية. (٣) فان قيل الاعتكاف الخ كذا في الكفاية. (٤) مخرج الاحاديث اي المحدث الزيلعي في نصب الراية ص٣٠٥ ج٣ و راجع فتح القدير ص٤٥٢ ج٤.

رواه عبدالرزاق رحمه الله تعالى في مصنفه اخبرنا عبدالله عن شعبة عن الحكم عن ابراهيم عن علي رضي الله تعالى عنه فيمن نذر ان يمشي الى البيت قال يمشي فاذا اعيى ركب و يهدي جزوراً.(١) و قال الاكمل(٢) بعد ان نقل ما قاله محمد رحمه الله تعالى في الاصل الى آخره، كذا في بعض الشروح، و ليس بمطابق لما نحن فيه لجواز ان يكون ذلك فيمن جعل على نفسه الحج ماشياً بغير هذا اللفظ، و ليس الكلام فيه، و قال آخرون روي عن علي رضي الله عنه انه اجاب في هذه المسألة بان عليه حجة او عمرة، و هذا مطابق، و قد روي شيخي في شرحه ان اخت عقبة بن عامر رضي الله عنها نذرت ان تمشي الى بيت الله فامرها النبي صلى الله عليه وسلم ان تحرم بحجة او عمرة انتهى قلت اراد بقوله في بعض الشروح شرح الاترازي فانه ذكر فيه هكذا ثم ادعى انه غير مطابق لما نحن فيه. و علل بقوله لجواز ... الى آخره، و فيه نظر، بل كاد ان يرد لانه لم يذكر وجه قوله، لجواز ان يكون الى آخره، لان فيه اثبات الخبر بالاحتمال، و هذا ليس بطريقة العلماء، و لم يبين ايضا وجه قول الآخرين هل ثبت ذلك عن علي رضي الله عنه او لا، ثم قال و قد روى شيخي اراد به قوام الدين الكاكي رحمه الله تعالى فانه ذكره في شرحه، و قصر هو و شيخه ايضا حيث لم ينسباه الى مخرجه من ائمة الحديث. قلت هذا رواه ابويعلى(٣) الموصلي في مسنده حدثنا زهير حدثنا احمد بن عبد الوارث حدثنا همام حدثنا قتادة عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تحج ماشية، فسئل النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان الله عزوجل غني عن نذر اختك لتركب و لتهد بدنة، انتهى. و هذا كما

---

(١) جزورا - و في نصب الراية بعده و اخرج نحوه عن ابن عمر و ابن عباس رضي الله تعالى عنهما و قتادة و الحسن و روى الحاكم في المستدرك (في آخر النذور ص٣٠٥ ج٤) عن عمران بن حصين رضي الله تعالى عنه ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبة الا امرنا بالصدقة (الى) فمن نذر ان يحج ماشيا فليهد هديا و ليركب و قال حديث صحيح الاسناد و لم يخرجاه و في حاشية نصب الراية و صححه الذهبي في تلخيصه و قال الهيثمي في مجمع الزوائد ص١٨٩ ج٤ رواه ابوداود باختار و رواه احمد و البزار بنحوه و الطبراني في الكبير و رجال احمد رجال الصحيح الخ و راجع مصنف عبدالرزاق باب من نذر مشيا ثم عجز ص٤٤٨ ج٨. (٢) و قال الاكمل في العناية ص٤٥١ ج٤. (٣) ابويعلى الخ كذا في نصب االراية ص٣٠٥ ج٣ و فتح القدير ص٤٥٢ ج٤ اخرج ابوداود في كتاب الايمان و النذور - باب من راى عليه كفارة اذا كان في معصية ص١١١ ج٢ حديث اخت عقبة بن عامر بالفاظ مختلفة و اسانيد متعددة و قال الحافظ في التلخيص ص١٧٨ ج٤ في حديث ابي داود و اسناده صحيح.

و لان الناس تعارفوا ايجاب الحج و العمرة بهذا اللفظ، فصار كما اذا قال علي زيارة البيت ماشياً، فيلزمه ماشياً، و ان شاء ركب و أهراق دماً، و قد ذكرناه في المناسك و لو قال علي الخروج او الذهاب الى بيت الله تعالى فلاشيء عليه، لان التزام الحج و العمرة بهذا اللفظ غير متعارف. و لو قال علي المشي الى الحرم او الى الصفا و المروة فلاشيء عليه، و هذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى. و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى في قوله علي المشي الى الحرم حجة او عمرة.

رأيت ما ذكر الحديث كما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم و لا نسباه الى احد من الصحابة، و ما ذاك الا تقصير جداً و تقليد محض (و لان الناس تعارفوا ايجاب الحج و العمرة بهذا اللفظ) اي بقوله علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة (فصار) اي فصار حكم هذا في الوجوب (كما اذا قال علي زيارة البيت فيلزمه ماشياً، و ان شاء ركب و اهراق دماً، و قد ذكرناه في المناسك) اي قبيل كتاب النكاح(١) فان قيل(٢) لما كان هذا اللفظ كناية عن الاحرام بالحج او العمرة كان لفظ النذر غير منظور اليه ينبغي ان لايلزم عليه المشي في طريق الحج كما لو نذر ان يضرب بثوبه حطيم الكعبة، حيث لايلزمه ضرب الثوب، بل يلزمه اهداء الثوب الى مكة لكون هذا اللفظ عبارة عنه قلنا نعم كذلك، الا ان الحج ماشياً افضل، قال النبي صلى الله عليه وسلم من حج(٣) ماشياً فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم، قيل و ما حسنات الحرم، قال واحدة بسبعمائة فاعتبر لفظه لاحراز تلك الفضيلة اذ الظاهر الزام القربة بصفة الكمال (و لو قال علي الخروج او الذهاب الى بيت الله، فلاشيء عليه لان الزام الحج و العمرة بهذا اللفظ غير متعارف) و لم يرد االنص، فوجب العمل بالقياس لما مر ان في القياس لايلزمه شيء، و فيه خلاف الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى و قد ذكرناه عن قريب. (و لو قال علي المشي الى الحرم او الى الصفا و المروة فلاشيء عليه، و هذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا في قوله علي المشي الى الحرم او الى الصفا و المروة حجة او عمرة) و قد مر ذكر هذا ايضا بما فيه من خلاف الائمة (و لو قال الى المسجد

---

(١) قبيل كتاب النكاح في الصفحة الاخيرة من كتاب الحج. (٢) فان قيل لما كان الخ كذا في العناية و الكفاية. (٣) من حج ماشياً الحديث اخرجه البيهقي في سننه كتاب الحج باب الرجل يجد زادا و راحلة فيحج ماشياً الخ ص٣٣١ ج٤ عن ابن عباس رضي الله تعالى مرفوعا و فيه ضعف كما في الجوهر النقي و اخرجه البيهقي ايضا في سننه كتاب الايمان و النذور باب من نذر تبررا ان يمشي الى بيت الله ص٧٨ ج١٠ و تفصيل تخريجه في الموسوعة ص٢٣١ ج٨ بحوالة كنز العمال و المستدرك للحاكم و الطبراني الكبير و صحيح ابن =

و لو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف. لهما ان الحرم شامل(١) على البيت بالاتصال و كذا المسجد الحرام شامل على البيت فصار ذكره كذكره، بخلاف الصفا و المروة، لانهما منفصلان عنه. و له ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف، و لايمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ. فامتنع اصلاً. و من قال عبدي حر ان لم احج العام فقال(٢) حججت و شهد شاهدان على انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده. و هذا عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى. و قال محمد رحمه الله تعالى يعتق لان هذه شهادة قامت على أمر معلوم، و هو التضحية و من ضرورته انتفاء الحج، فيتحقق الشرط. و لهما

الحرام، فهو على هذا الاختلاف) اي الاختلاف المذكور بين ابي حنيفة رحمه الله تعالى و صاحبيه رحمهما الله تعالى (لهما) اي لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (ان الحرم شامل على البيت بالاتصال و كذا المسجد الحرام شامل على البيت فصار ذكره كذكره) اي صار ذكر كل واحد من الحرم او المسجد الحرام كذكر البيت (بخلاف الصفا و المروة، لانهما منفصلان عنه) اي عن البيت، يعني انهما ليسا بشاملين على البيت، بل هما منفصلان عنه، فلم يكن ذكرهما كذكره (و له) اي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف) فيعمل بالقياس و هو عدم الوجوب (و لايمكن ايجابه) اي لايمكن الزام ايجاب الاحرام (باعتبار حقيقة اللفظ) اي لفظ المشي لان اللفظ لم يوضع عليه، و العرف ايضا منتف، و لما انتفت الدلالة على الايجاب حقيقة و عرفاً (فامتنع) الايجاب (اصلا)(٣) فلايلزم شيء (و من قال عبدي حر ان لم احج العام، فقال حججت و شهد شاهدان انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده، و هذا) اي عدم العتق (عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى) و لم يذكر(٤) صاحب المختلف. قول ابي يوسف رحمه الله تعالى مع ابي حنيفة رحمه الله تعالى و لا الفقيه ابوالليث رحمه الله تعالى في شرح الجامع الصغير (و قال محمد رحمه الله تعالى يعتق لان هذه) اي لان شهادة هذين الشاهدين (شهادة قامت على امر معلوم، و هو التضحية، و من ضرورته) اي و من ضرورة هذا الامر المعلوم (انتفاء الحج، فيتحقق الشرط) و هو انتفاء حجة هذا العام (و لهما) اي و لابي

=> خزيمة و الترغيب و الترهيب و الاتحاف للزبيدي و الدر المنثور للسيوطي. (١) ان الحرم شامل على البيت بالاتصال و كذا المسجد الحرام شامل على البيت فصار - ن - ان الحرم شامل على البيت و كذا المسجد الحرام فصار. (٢) فقال - ن - و قال. (٣) اصلا اي فامتنع الايجب من الاصل حيث لم يجب عليه الاحرام باحد النسكين الكفاية. (٤) و لم يذكر الخ كذا في الفتح.

و لهما انها قامت علي النفي، لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية، لانه لا مطالب لها، فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج. غاية الامر ان هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به، و لكنه لايميز بين نفي و نفي تيسيراً.

حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى (انها) اي ان هذه الشهادة (قامت على النفي) فلاتقبل (لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية ، لانه لا مطالب لها) من جهة العباد، فلاتدخل تحت القضاء، لانها ان كانت طوعاً فظاهر، و ان كانت واجبة فالقاضي لايجبر عليها فثبت عدم المطالبة، فلما انتفت الشهادة على المطالبة بالتضحية ثبت انها قامت على نفي الحج و الشهادة على النفي لاتقبل (فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج في هذا العام) اي فصار حكم هذه الشهادة، كما اذا شهدوا انه لم يحج في هذا العام، فان هذه الشهادة لاتقبل، فكذا تلك الشهادة غاية الامر جواب عن سؤال، و هو ان يقال انما لاتقبل الشهادة على النفي اذا لم يكن الشاهد عالماً بالنفي اما اذا كان عالما و الشيء مما يعلم و يحاط تقبل الشهادة على النفي، و فيما نحن كذلك فانه ذكر(١) في السير الكبير شاهدان شهدا على رجل انا سمعناه يقول المسيح ابن الله و لم يقل قول النصاري، فبانت منه امرأته، و الرجل يقول انما قصدت به قول النصاري يعني قلت المسيح ابن الله قول النصاري، قال ان الشهادة مقبولة لان ذلك مما يحاط به و يعلم. و تقرير الجواب ان يقال (غاية الامر ان هذا النفي) و هو قول الشهود انه لم يحج العام (مما يحيط علم الشاهد به و لكنه لايميز بين نفي و نفي) اي لايفرق بين نفي و نفي بان يقال يقبل فيما اذا كان النفي مما يعلم و يحاط، و لايقبل فيما لايعلم و لايحاط، بل لا تقبل في كل النفي (تيسيراً) و دفعاً للحرج عن الناس، و لهذا اذا ادعى رجل على رجل انه عضه او جرحه يوم كذا، فشهد شاهدان ان هذا الرجل في ذلك اليوم كان في مكان كذا و كذا لايقبل شهادتهما لان مقصوده انه لم يجرح و لم يعض و قال تاج الشريعة بعد ان قال فان قلت الشهادة على النفي مقبولة بدليل ما ذكر محمد رحمه الله تعالى في السير الكبير و هو ما ذكرناه الآن قلت انه صدق الشهود فيما شهدوا عليه من بنوة المسيح، و هذا القدر منه كان لثبوت البنوة، ثم بعد ذلك ينفي البنوة بقوله قد قلت. و قال النصارى فلا يصدق في حقها، كمن قال لفلان علي الف درهم من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف، و لايقبل تفسيره انتهى. مسألة السير(٢) قامت الشهادة فيها على أمر ثابت معاين و هو

---

(١) ذكر في السبير الكبير الخ كذا في العناية و الفتح. (٢) مسئلة السير االخ و في فتح القدير ص٤٥٤ ج٤ و اما مسئلة السير فالقبول باعتبار انها شهادة على السكوت الذي هو امر وجودي و صار كشهود الارث اذا قالوا نشهد انه وارث لانعلم له وارثا غيره حيث يعطى له كل التركة لانها شهادة على الارث و النفي في ضمنه و =>

و من حلف لايصوم فنوى الصوم و صام ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط، اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب. و لو حلف لايصوم يوماً او صوماً فصام ساعة ثم افطر لايحنث، لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعاً، و ذلك باتمامه الى اليوم و اليوم صريح في تقدير المدة به.

السكوت عقيب قوله المسيح ابن الله، فلايرد علينا نقضاً (و من حلف لايصوم فنوى الصوم و صام ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط، اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات) و هو الاكل و الشرب و الجماع (على قصد التقرب) و بهذا القدر يصير فاعلا فعل الصوم اذ الصوم هو الامساك كما قلنا، و ما زاد(١) تكرار الشرط و ليس بشرط (و لو حلف لايصوم يوما او صوما) بان قال لايصوم صوماً (فصام ساعة ثم افطر لايحنث، لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعاً، و ذلك باتمامه الى اليوم، و اليوم صريح في تقدير المدة به) فلابد من اليوم الكامل. فان قيل(٢) المصدر في قوله لا يصوم مذكور قلنا بلى لغة لا شرعاً، و عند ذكر المصدر صريحا ينصرف الى الكامل و هو الصوم لغة و شرعاً فان قيل يشكل(٣) هذا بما لو قال و الله لاصومن هذا اليوم، و كان ذلك بعد ما اكل او شرب او بعد الزوال صح يمينه بالاتفاق، و الصوم مقرون باليوم، و مع ذلك لم يرد به الصوم الشرعي، فان الصوم الشرعي بعد الاكل او بعد الزوال غير متصور. و الجواب ان الدلالة قامت على ان المراد به ليس الصوم الشرعي و هي كون اليمين بعد

=> الارث مما يدخل تحت القضاء فاما النحر و ان كان وجوديا و نفى الحج في ضمنه لكنه لايدخل تحت القضاء فكانت الشهادة كعدمها في حقه فبقى النفي هو المقصود بها انتهى و ذكر ابن الهمام رحمه الله تعالى مزيد البحث ههنا ثم قال فقول محمد اوجه. (١) و مازاد الخ و في الكفاية و ما زاد عليه تكرار و لهذا يقال صام فلان ساعة ثم افطر و تكرار المحلوف عليه ليس بشرط لتحقق الحنث و في فتح القدير و ما زاد على ادنى امساك في وقته تكرار للشرط و لان بمجرد الشروع في الفعل اذا تمت حقيقته يسمى فاعلا و لذا انزل ابراهيم صلى الله عليه وسلم ذابحا حيث امر السكين في محل الذبح فقيل له قد صدقت الرؤيا بخلاف ما اذا كانت حقيقته تتوقف على افعال مختلفة كالصلوة فلذا قال (اي المصنف بعد سطر) فيمن حلف لايصلى انه اذا قام و قرأ و ركع و سجد حنث اذا قطع فلو قطع بعد الركوع لايحنث لانه لم يدخل في الوجود تمام حقيقتها انتهى. (٢) فان قيل المصدر الخ كذا في الكفاية و في فتح القدير توضيح حيث قال لايقال المصدر مذكور بذكر الفعل فلافرق بين حلفه لايصوم و لايصوم صوما فينبغي ان لايحنث في الاول الا بيوم لانا نقول الثابت في ضمن الفعل ضروري لايظهر اثره في تحقيق الفعل بخلاف الصريح فانه اختياري يترتب عليه حكم المطلق فيوجب الكمال. (٣) يشكل هذا بما لو قال الخ كذا في الفتح و العناية.

و لو حلف لايصلي فقام و قرأ و ركع لم يحنث، و ان سجد مع ذلك ثم قطع حنث، و القياس ان يحنث بالافتتاح اعتباراً بالشروع في الصوم، وجه الاستحسان ان الصلاة عبارة عن الاركان المختلفة، فما لم يأت بجميعها لايسمى صلاة، بخلاف الصوم، لانه ركن واحد، و هو الامساك، و يتكرر في الجزء الثاني، و لو حلف لايصلي صلاة لايحنث ما لم يصل ركعتين، لانه يراد به الصلاة المعتبرة شرعاً، و اقلها ركعتان للنهي عن البتيراء.

الزوال او بعد الاكل، فانصرف الى الصوم اللغوي، و انعقدت يمينه عليه، بخلاف ما نحن فيه، فانه ليس فيه ما يمنعه عن الصوم الشرعي فينصرف اليه (و لو حلف لايصلي فقام و قرأ و ركع لم يحنث، و ان سجد مع ذلك ثم قطع حنث، و القياس ان يحنث بالافتتاح اعتباراً بالشروع في الصوم) فان في الصوم يحنث بمجرد الشروع فكان ينبغي ان يكون هنا كذلك، الاترى ان الناظر االيه يسميه مصلياً حين افتتح الصلاة (وجه الاستحسان ان الصلاة عبارة عن الاركان المختلفة) من التكبير و القيام و القراءة و الركوع و السجود (فيما لم يأت بجميعها لايسمى صلاة) فلايحنث (بخلاف الصوم لانه ركن واحد و هو الامساك، و يتكرر في الجزء الثاني) من جنس ما مضى و في مبسوط بكر، و لايشترط القعدة لانها نصف القيام الموجود في اول الافتتاح، و التكرار ليس بشرط (و لو حلف لايصلي صلاة لايحنث ما لم يصل ركعتين، لانه يراد به الصلاة المعتبرة شرعاً، و اقلها ركعتان) و عند الشافعي رحمه الله تعالى في قول و احمد(١) رحمه الله تعالى في رواية يحنث بركعة، لان الركعة الواحدة صلاة عندهما، و عند الشافعي رحمه الله تعالى في قول و احمد رحمه الله تعالى في رواية يحنث بالشروع، لانه يسمى مصلياً و في وجه يحنث بالتمام على وجه الصحة (للنهي عن البتيراء) قد ذكر(٢) حديث البتيراء في كتاب الصلاة في باب صلوة الوتر. و اخرجه ابن عبد البر في كتاب التمهيد عن عثمان بن محمد بن ربيعة ابن ابي عبد الرحمن حدثنا عبد العزيز الدراوردي عن عمرو بن يحيى عن ابيه عن ابي سعيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن البتيراء ان يصلي الرجل واحدة يوتر بها، و مضى الكلام فيه هنالك. و قال صاحب المغرب(٣) البتيراء تصغير البتراء تانيث الابتر و هو في الاصل مقطوع الذنب ثم جعل عبارة عن الناقص.

---

(١) و احمد في رواية الخ و نبذ منه في المغني ص٢٩٣ ج١١. (٢) قد ذكر حديث البتيراء الخ راجع البناية باب صلوة الوتر ص١٦ ج٣. (٣) المغرب مادة بتر ص٥٦ ج١ و كذا في فتح القدير ص٤٥٦ ج٤.

باب اليمين في لبس الثياب و الحلي و غير ذلك

و من قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدي فاشترى قطنا فغزلته و نسجته فلبسه فهو هدي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا ليس عليه ان يهدي حتى

(باب اليمين في لبس الثياب و الحلي و غير ذلك)

اي هذا باب في بيان احكام اليمين في لبس الثياب و الحلي(١) بضم الحاء و كسر اللام و تشديد الياء جمع حلي بفتح الحاء و سكون اللام، بمعنى الحلية و جمع الحلية حلي بالكسر و القصر، و قد جاء ضم الحاء في قليل الاستعمال، كما جاء في لحي جمع لحية، و جاء ضم اللام ايضا. و الحلي في اللغة كل لبس من ذهب او فضة او جوهر، كذا في الجمهرة و قال ابن الاثير الحلي اسم لكل ما يتزين به من مصاغ الذهب و الفضة، و قوله و غير ذلك(٢) مثل الحلف على ان لايجلس على الارض، و لايجلس على سرير (و من قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدي) اي صدقة اتصدق به على فقراء مكة (فاشترى قطناً فغزلته و نسجته فلبسه فهو هدي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) الهدي اسم لما يهدي الى مكة، اي يرسل اليها للتصدق، ثم(٣) اذا نذر ان يهدي ثوباً جاز له ان يتصدق به على مساكين مكة وغيرهم. و لو نذر ان يهدي نعما لا يجوز الا ان يذبح بمكة و يتصدق به و لو تصدق به حيا لايجوز، و لايكون هديا حتى يذبح. ثم اذا سرق لاشيء عليه، كذا ذكره صاحب الاجناس و ذلك لقوله تعالى ثم محلها الى البيت العتيق(٤) و اذا نذر بما لاينقل كالعقار يكون نذراً بالقيمة لتعذر نقل العين (و قالا ليس عليه ان يهدي حتى

---

(١) و الحلي الخ و في اللسان و الحلي (بفتح الحاء و سكون اللام) ما تزين به من مصوغ المعدنيات او الحجارة و الجمع حلي (بضم الحاء و كسر اللام و تشديد الياء) و قد يجوز ان يكون الحلي (بفتح الحاء و سكون اللام) جمعا. و تكون الواحدة حلية (بفتح الحاء و سكون اللام و فتح الياء المخففة) و الحلية (بكسر الحاء و سكون اللام و فتح الياء المخففة) كالحلى (بفتح الحاء و سكون اللام) و الجمع حلى و حلى (بكسر الحاء و ضمها و القصر) و قال الجوهري الحلى (بفتح الحاء و سكون اللام) حلى المرأة و جمعه حلى (بضم الحاء و كسر اللام و تشديد الياء) مثل ثدى و ثدى و هو فعول و قد تكسر الحاء لمكان الياء مثل عصى (بكسر العين و الصاد و تشديد الياء) و حلية السيف (بكسر الحاء و سكون اللام) جمعها حلى (بكسر الحاء و القصر) مثل لحية (بكسر اللام و سكون الحاء) و لحى (بكسر اللام و القصر) و ربما ضم انتهى ملخصا. (٢) و غير ذلك من النوم على الفراش و الجلوس على السرير – الكفاية. (٣) ثم اذا نذر الخ كذا في فتح القدير لكن لفظه و ان نذر ثوبا جاز التصدق في مكة بعينه او بقيمته. (٤) العتيق – الحج – ٣٣.

تغزل من قطن ملكه يوم حلف، و معنى الهدي التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدي اليها. لهما ان النذر انما يصح في الملك او مضافا الى سبب الملك، و لم يوجد لان اللبس و غزل المرأة ليسا من اسباب ملكه. و له ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج، و المعتاد هو المراد، و ذلك سبب لملكه و لهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر، لان القطن لم يصر مذكورا. و من حلف لايلبس حلياً فلبس خاتم فضة لم يحنث، لانه ليس بحلي عرفا و لا شرعاً حتى ابيح استعماله للرجال

تغزله) اي امرأته (من قطن ملكه يوم حلف، و معنى الهدي التصدق به) اي بالثوب (بمكة، لانه اسم لما يهدي اليها) و قد بسطنا الكلام آنفاً (لهما) اي لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (ان النذر انما يصح في الملك او مضافاً الى سبب الملك) لقوله عليه الصلوة و السلام لا نذر(١) فيما لايملك ابن آدم (و لم يوجد) اي واحد منهما (لان اللبس و غزل الثوب ليسا من اسباب الملك) فلايصح اليمين في حق القطن المشتري بعد الحلف، و هذا هو القياس (و له) اي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (أن غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج) الا نادراً و مبنى الايمان على العرف و العادة، فيكون اليمين مقيدة بالعادة (و المعتاد هو المراد، و ذلك سبب لملكه) اي لملك الزوج فكانه قال ان لبست من غزلك من قطن املكه، فلو قال هكذا يتناول القطن الحادث، فكذلك هذا (و لهذا يحنث) ايضاح لقوله و ذلك سبب لملكه (اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكوراً) حاصل المعنى انه يحنث بلبس القطن المغزول المملوك يوم النذر مع ان القطن المملوك له يوم النذر ليس بمذكور وقت اليمين، لكنه اريد ذالك بدلالة العادة، فكذا في المشتري فكانت الاضافة الى غزلها اضافة الى ملكه عادة (و من حلف لايلبس حلياً) بفتح الحاء و سكون اللام (فلبس خاتم فضة لم يحنث، لانه ليس بحلي عرفاً و لا شرعاً، حتى ابيح استعماله للرجال) و عند الائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى يحنث. و قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير، فان كان الخاتم مما يلبسه النساء ينبغي ان يحنث. و في جامع قاضي خان قال مشايخنا رحمهم الله تعالى هذا اذا كان خاتم الفضة مصنوعاً على هيئة خاتم الرجال اذا لم يكن فيه فص، فان كان فيه فص حنث، و يحنث(٢) بلبس السوار و الخلخال و القلادة و القرط و

---

(١) لا نذر الخ و قد مضى تخريجه في البناية ص...... ج٨ و راجع نصب الراية ص٢٧٨ ج٣ اخرجه ابوداود و الترمذي في كتاب الطلاق عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده مرفوعا و قال الترمذي حديث حسن صحيح.
(٢) و يحنث بلبس السوار الخ كذا في الفتح و البحر ص٣٩٢ ج٤.

و التختم به لقصد الختم، و ان كان من ذهب حنث، لانه حلي و لهذا لايحل استعماله للرجال. و لو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى. و قالا يحنث لانه حلي حقيقة، حتى سمي به في القرآن. و له انه لايتحلى به عرفا الا مرصعاً و مبنى الأيمان على العرف. و قيل هذا اختلاف عصر و زمان، و يفتي بقولهما

الدملوج(١) سواء كان من فضة او ذهب بالاجماع (و التختم به لقصد الختم) اي ابيح التختم بخاتم الفضة لاجل الختم بفتح الخاء و سكون التاء، يعني لا لاجل الزينة. و قال الكاكي رحمه الله تعالى و انما حل التختم لاقامة السنة لا للتزين، فلم يكن حلياً كاملا(٢) فلايدخل تحت مطلق اسم الحلي (و ان كان) اي الخاتم (من ذهب حنث، لانه حلي، و لهذا لايحل استعماله) اي استعمال الذهب (للرجال) سواء كان فيه فص او لم يكن (و لو لبس عقد لؤلؤ) بكسر العين و هو القلادة (غير مرصع) اي غير مركب بذهب و فضة من الترصيع و هو التركيب (لم يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يحنث) و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى (لانه حلي حقيقة حتى سمي به) اي بالحلي (في القرآن) و هو قوله تعالى تستخرجون منه حلية تلبسونها(٣) و المستخرج من الجوهر اللؤلؤ غير مرصع، و على هذا الخلاف عقد زبرجد او زمرد غير مرصع (و له) اي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (انه) اي اللؤلؤ (لايتحلى به عرفاً الا مرصعاً و مبنى الأيمان على العرف) و قال التمرتاشي و المرغيناني و من مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال على قياس قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى لا باس بلبس الغلمان و الرجال اللؤلؤ (و قيل هذا اختلاف عصر و زمان) لا حجة و برهان، لانه لايتحلى به وحده في زمانه. و في زمانهما كان يتحلى به وحده. قال الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى كل واحد منهم قال على عادة زمانه و قال صاحب الهداية رحمه الله تعالى (و يفتى بقولهما) لان قولهما اقرب الى عرف ديارنا. قلت هكذا العرف

---

(١) الدملوج بضم فسكون حلى يلبس في المعصم و الجمع دماليج و كذا الدملج بضم فسكون و اللام تفتح و تضم و الجمع دمالج يقال له في اللغة الاردية بازوبند و پهنچى من اللسان و المصباح. (٢) حليا كاملا – و في العناية ان الخاتم من فضة ليس بحلى لانه لو كان حليا لحرم على الرجال لان التزين بالذهب و الفضة حرام على الرجال و لما جاز التختم بالفضة لهم لقصد الختم او لغيره لم يكن حليا او كان ناقصا في كونه حليا فكان مباحا و في الفتح ليس بحلى عرفا و لا شرعا بدليل انه ابيح للرجال مع منعهم من التحلى بالذهب و الفضة و انما ابيح لهم لقصد التختم لا للزينة فلم يكن حليا كاملا في حقهم و ان كانت الزينة لازم وجوده لكنها لم تقصد به فكان عدما خصوصا في العرف الذي مبنى الايمان و نحوه في الكفاية. (٣) تلبسونها – النحل – ١٤. و كذلك قوله تعالى يحلون فيها من اساور من ذهب و لؤلؤا – العناية.

لان التحلي به على الانفراد معتاد. و من حلف لاينام على فراش فنام عليه و فوقه قرام حنث، لانه تبع للفراش فيعد نائماً عليه، و ان جعل فوقه فراش آخر فنام عليه لايحنث، لان مثل الشيء لايكون تبعاً له فينقطع(١) النسبة عن الاول. و لو حلف لايجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث، لانه لايسمى جالسا على الارض، بخلاف ما اذا حال بينه و بين الارض لباسه، لانه تبع له، فلايعتبر حائلاً. و ان حلف لايجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير حنث، لانه يعد جالساً عليه، و الجلوس على السرير في العادة كذلك.

في سائر الديار، خصوصاً في الديار المصرية (و من حلف لاينام على فراش) اي فراش معين بدليل قوله و ان جعل فوقه فراش آخر فنام عليه لايحنث، فلو كان المراد منكراً حنث، لانه نام على فراش (فنام عليه و فوقه قرام) بكسر القاف و تخفيف الراء و هو الستر الرقيق، كذا في الجمهرة(٢) (حنث لانه) اي لان القرام (تبع للفراش، فيعد نائما عليه) الاصل في هذا ان الشيء اذا كان فوق شيء فان كان الاعلى يصلح ان يكون اصلا بنفسه يضاف الجلوس و النوم اليه لا الى الذي تحته، و ان كان الاعلى تبعاً يضاف الى ما تحته، فاعتبر ذلك في الذي مضى، و في الذي ياتي و هو قوله (و ان جعل فوقه فراش فنام عليه لايحنث، لان مثل الشيء لايكون تبعاً له، فقطع النسبة عن الاول) اي عن الفراش الاول فلايحنث، لان يمينه على الاول و لم ينم على الاول، و هو ظاهر الرواية عن اصحابنا و هي رواية الجامع الكبير. و قال صاحب المختلف قال(٣) ابويوسف رحمه الله تعالى في الامالي يحنث، لانه نام عليهما جميعاً و يقال في العرف ايضا نام على الفراشين. (و لو حلف لايجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث، لانه لايسمى جالساً على الارض، بخلاف ما اذا حال بينه و بين الارض لباسه) اي صار لباس الحالف حائلاً اي حاجزاً بين الحالف و بين الارض (لانه) اي لان لباس الحالف (تبع له) اي للحالف (فلايعتبر حائلاً) فيحنث (و لو حلف لايجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير حنث، لانه يعد جالساً عليه) اي على السرير (و الجلوس على السرير في العادة كذلك) الا ترى انهم يقولون جلس الامير على السرير، و ان كان فوق السرير بساط فيعدونه تابعا للسرير

---

(١) فينقطع - ن - فقطع. (٢) الجمهرة و في لسان العرب القرام ثوب من صوف ملون فيه الوان من العهن و هو صفيق يتخذ سترا و قيل الستر الرقيق و الجمع قرم (بضم القاف و الراء) ثم ذكر صاحب اللسان فيه اقوالا اخر ايضا. (٣) قال ابويوسف رحمه الله تعالى كذا في الفتح.

بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر، لانه مثل الاول فقطع النسبة عنه.

باب اليمين في القتل و الضرب وغيره

و من قال ان ضربتك فعبدي حر، فهو على الحياة، لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن و الايلام لايتحقق في الميت و من يعذب في القبر

(بخلاف ما اذا جعل فوقه سريراً آخر، لانه مثل الاول فقطع النسبة عنه) و قال الحاكم الشهيد في الكافي(١) و ان حلف لايمشي على الارض فمشى عليها بنعل او خف حنث، و ان حلف على بساط لم يحنث، و ان مشى على ظهر أحجار حنث، لانها من الارض.

(باب اليمين في القتل و الضرب وغيره)

أي هذا باب في بيان حكم اليمين في القتل و حكم اليمين في الضرب قوله - وغيره - أي و غير المذكور من القتل و الضرب مثل الغسل و الكسوة (و من قال ان ضربتك فعبدي حر فهو على الحياة) اي حلف على كون المخاطب حيا فلو مات و ضربه لايحنث (لان الضرب اسم لفعل مؤلم) اي موجع (يتصل بالبدن والايلام لايتحقق في الميت) و نوقض(٢) بقوله تعالى و خذ بيدك ضغثاً فاضرب به و لاتحنث(٣) فقد بر ايوب عليه الصلوة و السلام في يمينه بالضرب بهذا الذي ذكر و لم يوجد الايلام لما ان الضغث عبارة عن الحزمة الصغيرة من ريحان او حشيش، فلم يكن لمجموعه ايلام فكيف لاجزائه و اجيب بانه جاز ان يكون هذا حكما ثابتاً بالنص في حق ايوب عليه الصلوة و السلام خاصة اكراماً له في حق امرأته تخفيفاً عليها، لعدم جنايتها على خلاف القياس، و لايلحق به غيره. و قيل ذلك ثبت رخصة في حقه خاصة، حيث حلل الله يمينه باهون شيء لرضاه عن امرأته و حسن خدمتها اياه و كلامنا في العزيمة فلايقاس على ما ثبت رخصة، بخلاف القياس وغيره و في شرح الطحاوي و من حلف ليضربن فلانا مائة سوط فضربه بها مرة واحدة ان وصل اليه كل سوط بحياله، بر في يمينه، و الايلام شرط فيه، لان المقصود من الضرب الايلام، و به قال المزني رحمه الله تعالى. و قال الشافعي رحمه الله تعالى يبر بمجرد الضرب بدون الايلام. و قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى يحنث(٤) و وصول الالم شرط عندهما (و من يعذب في القبر

---

(١) الكافي - كذا في الفتح. (٢) و نوقض الخ كذا في الشروح الثلاثة. (٣) و لاتحنث - ص - ٤٤. (٤) و قال مالك و احمد يحنث الخ راجع المغني ص٣٢٦ ج١١ و اعلاء السنن باب من حلف ليضربن امرأته الخ ص.٤٦ ج١١ و احكام القرآن للجصاص ص٣٨٢ ج٣ و الكشاف ص٩٨ ج٤ و من لفظه فحلل الله يمينه باهون شيء عليه و عليها لحسن خدمتها اياه و رضاه عنها و هذه الرخصة باقية انتهى و راجع لتحقيق اقسام الحيل مع جوازها او عدم جوازها البخاري كتاب الحيل ص١٠٢٨ ج٢ و شروحه من فتح الباري و عمدة القاري.

يوضع فيه الحياة في قول العامة و كذلك الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق، و منه الكسوة في الكفارة و هو من الميت لايتحقق الا ان ينوي به الستر. و قيل بالفارسية

يوضع فيه الحياة) هذا جواب عن سؤال مقدر، بان يقال ان قولكم الايلام لايتحقق في الميت يشكل بعذاب الميت في القبر، فاجاب بقوله و من يوضع الى آخره (في قول العامة) احترز به عن قول الكرامية و الصالحية، و هم قوم ينسبون الى ابي الحسين الصالحي، فانهم لايشترطون الحياة شرطاً لتعذيب الميت، و عذاب القبر ثابت عند اهل السنة و ان اختلفوا في كيفيته، فقال بعضهم نؤمن باصل العذاب و نسكت عن الكيفية، لان الواجب علينا تصديق ما جاء في السنة المشهور، و هو التعذيب بعد الموت. و عند العامة يوضع فيه الحياة، لان الايلام لايكون بلا حياة و لا علم. ثم اختلفوا فقيل يوضع فيه الحياة بقدر ما يتألم لا الحياة المطلقة. و قيل يوضع فيه الحياة من كل وجه. (و كذلك الكسوة) يعني ان قال ان كسوتك فعبدي حر، فكساه بعد الموت لايحنث (لانه يراد به) اي بالكسوة على تاويل الاكساء(١) (التمليك) اي تمليك الثوب (و منه الكسوة في الكفارة) اي في كفارة اليمين، قال الله عزوجل او كسوتهم(٢) فلو انه كسا عشرة اموات عن كفارة يمينه لم يجزه، لعدم التمليك يؤيده ان الرجل لو قال كسوتك هذا الثوب يصير هبة. قال الاترازي رحمه الله تعالى و فيه نظر لايخفى (و هو) اي التمليك (من الميت لايتحقق) و لهذا لو تبرع عليه احد بالكفن ثم اكله السبع يعود الكفر الى المتبرع لا الى وارث الميت، ذكره التمرتاشي (الا ان ينوي به) اي بالكسوة على تاويل الاكساء (الستر) فحينئذ يحنث، لان فيه تشديداً عليه، و الميت يستر كالحي فان قيل الميت مما يكسى الكفن. قلنا لا و لكن يلبس الكفن، و الالباس غير الاكساء فانه لايبنى على التمليك، و الاكساء يبنى على التمليك، يقال كسا الامير فلاناً اي ملكه كسوة و الالباس عبارة عن الستر و التغطية، و الميت محل لذلك، الا ترى انه لو حلف لايلبس فلاناً ثوباً فهو على الحياة و الوفاة جميعاً كذا ذكره قاضي خان و المحبوبي رحمهما الله تعالى (و قيل بالفارسية) قائله ابو الليث رحمه الله تعالى ان اليمين المذكور اذا كانت باللغة

---

(١) على تاويل الاكساء و كذالك في العناية لكن قال ابن الهمام في الفتح ص٤٦١ ج٤ و ذكر ضمير به و هو الكسوة على تاويل قوله كسوتك و قيل على تاويل الاكساء و لا وجود له في اللغة انتهى ثم راجعت الى كتب اللغة العربية التي عندي كلسان العرب و القاموس و شرحه تاج العروس و الصحاح للجوهري و المغرب فهي ساكتة عن ذكر باب الافعال اي الاكساء نعم ذكر الاكساء في المنجد و ترجمته مصباح اللغات الاكساء و لفظ المنجد اكسى الثوب فلانا البسه اياه و العلامة الزبيدي ايضا اشار في التاج الى محاورة يفهم منها جواز الافعال من كسا في الجملة ان شئت فراجعه. (٢) او كسوتهم - المائدة - ٨٩.

ينصرف الى اللبس، و كذا الكلام و الدخول، لان المقصود من الكلام الافهام، و الموت ينافيه

الفارسية (ينصرف الى اللبس) يعني يراد به اللبس، و لايراد به التمليك (و كذا الكلام) و ان حلف لايكلم فلاناً فكلمه بعد موته لايحنث (و الدخول) بان حلف لايدخل على فلان فدخل عليه بعد ما مات لايحنث في يمينه (لان المقصود من الكلام الافهام) اي افهامه فلانا (و الموت ينافيه) اي ينافي الكلام، لان المراد من الكلام الاسماع، و الميت ليس باهل الاسماع. الا ترى الى قوله تعالى انك لاتسمع الموتى(١) و الى قوله تعالى و ما أنت بمسمع من في القبور(٢) فان قيل قد روي انه عليه الصلوة و السلام كلم(٣) اصحاب القليب يوم بدر حيث سماهم باسمائهم، فقال هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً، فقد وجدت ما وعدني ربي حقا. قلت اجاب الاكمل(٤) بان ذلك كان معجزة له عليه الصلوة و السلام. و قال الاترازي رحمه الله تعالى انهم لما قالوا يا رسول الله انهم لايسمعون، فقال انهم يسمعون كما تسمعون، و انما اراد بهم انهم يعلمون ان الذي قلت لهم حقا قال الكاكي فان قيل قد روي ان قتلى بدر لما القوا في القليب قام رسول الله صلى الله عليه وسلم على رأس القليب، و قال هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً، فقال عمر رضي الله تعالى عنه أتكلم الميت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلوة و السلام ما أنتم بأسمع من هؤلاء قلنا هو غير ثابت، فانه لما بلغ هذا الحديث عائشة رضي الله تعالى عنها قالت كذبتم على رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه تعالى قال انك لاتسمع الموتى و ما أنت بمسمع من في القبور على انه عليه الصلوة و السلام كان مخصوصاً به معجزة له. و قيل المقصود به وعظ الاحياء لا افهام الموتى كما روي عن علي رضي الله عنه انه اذا أتى المقابر قال السلام عليكم ديار قوم مؤمنين اما نسائكم فقد نكحت، و اما اموالكم فقد قسمت، و اما دوركم فقد سكنت، فهذا خبركم عندنا، فما خبرنا عندكم، و كان(٥) يقول سل الارض من شق انهارك، و غرس اشجارك، و جنى ثمارك، فان لم تجبك حوارا اي مقالا اجابتك اعتباراً و كان ذلك على سبيل

(١) الموتى - النمل - ٨٠. و الروم - ٥٢ -. (٢) القبور - فاطر - ٢٢. (٣) كلم اصحاب القليب الحديث اخرجه البخاري كتاب المغازي باب قتل ابي جهل ص٥٦٦ ج٢ عن ابي طلحة رضي الله تعالى عنه و ص٥٦٧ ج٢ عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما و باب ما جاء في عذاب القبر ص١٨٣ ج١ عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما مختصرا و مسلم كتاب الجنائز ص٣٠٣ ج١ عن ابن عمر رضي الله عنهما. (٤) الاكمل في العناية ص٤٦٢ ج٤ و ابن الهمام رحمه الله تعالى حقق هذه المسئلة في فتح القدير ص٤٦١ ج٤ نحو ما في البناية و نبذ منه في الكفاية. (٥) و كان يقول الخ كذا في الكفاية و حاشية سعدى چلپى.

و المراد من الدخول عليه زيارته، و بعد الموت يزار قبره لا هو و لو قال ان غسلتك فعبدي جر، فغسله بعد ما مات يحنث، لان الغسل هو الاسالة، و معناه التطهير، و يتحقق ذلك في الميت.

الوعظ للاحياء لا للخطاب للموتى (و المراد من الدخول عليه) اي على فلان (زيارته و بعد الموت يزار قبره لا هو) اي لايزار الميت، لان المراد من الدخول عليه اكرامه بتعظيمه او اهانته بتحقيره او زيارته فلايتحقق الكل بعد الموت. و لان الميت كالغائب في حق الاحياء. و من طاف بباب رجل لايعد زائراً له. و لو دخل عليه و هو نائم لايعد زائراً له فههنا اولى. و قال في شرح(١) الطحاوي الاصل في هذا ان كل فعل يلذ و يؤلم و يغم و يسر يقع على الحياة دون الممات كالضرب و الجماع و الشتم و الكسوة و الدخول عليه. وفي الكافي الاصل في هذا ان ما يشارك الميت فيه الحي فاليمين وقعت على الحالتين، و اما ما اختص به الحي فيتقيد بالحياة. فلو قال ان ضربتك او كسوتك او كلمتك او دخلت عليك او قال لامرأته ان وطئتك او قبلتك فعبده حر يتقيد بالحياة، حتى لو فعل هذه الاشياء بعد الموت لايحنث، و الغرض من الوطء و التقبيل قضاء الشهوة لايتحقق بعد الموت.فان قيل(٢) ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل(٣) عثمان بن مظعون رضي الله عنه بعد ما ادرج في الكفن، و قبل ابوبكر رضي الله تعالى عنه(٤) بين عيني رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما ادرج في الكفن. قلنا ذا ضرب من الشفقة او التعظيم و الموت لاينافيه و تقبيل النساء لقضاء الشهوة، فيتقيد بالحياة حتى لو كان للشفقة او للتعظيم كما في الولد أو الوالد و العالم. قيل لايتقيد بالحياة. و قيل يتقيد ايضاً، لان الاوهام لاتنصرف الى تقبيل الميت بخلاف(٥) ان غسلتك او حملتك أو مستك او البستك فلانها لاتتقيد بالحياة، لان الغسل يراد به التنظيف و التطهير، و هذا يتحقق في الميت اشار اليه بقوله (و لو قال ان غسلتك فعبدي حر، فغسله بعدما مات يحنث، لان الغسل هو الاسالة و معناه التطهير، و يتحقق ذلك في الميت) الاترى انه يجب غسل الميت تطهيرا فكيف ينافيه، و لو صلى على ميت قبل

---

(١) شرح الطحاوي الخ كذا في الفتح. (٢) فان قيل الخ كذا في الفتح. (٣) قبل عثمان رضي الله تعالى عنه هذا حديث عائشة رضي الله تعالى عنها رواه الترمذي كتاب الجنائز باب ماجاء في تقبيل الميت ص١١٨ ج١ و قال الترمذي حديث حسن صحيح و ابن ماجة باب ما جاء في تقبيل الميت ص١٠٦ و مسند احمد ص٥٣ - ٤٣ - ٥٥ - ٢٠٦ ج٦. (٤) و قبل ابوبكر رضي الله تعالى عنه البخاري كتاب المناقب باب فضل ابي بكر رضي الله تعالى عنه ص٥١٧ ج١ و الترمذي باب تقبيل الميت ص١١٨ ج١ و ابن ماجة باب تقبيل الميت ص١٠٦ و مسند احمد ص٤٥ و ص٥٥ ج٦. (٥) بخلاف الخ كذا في الفتح ص٤٦٢ ج٤.

و من حلف لايضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث، لانه اسم لفعل مؤلم، و قد تحقق الايلام. و قيل لايحنث في حال الملاعبة، لانه يسمى ممازحة لا ضرباً و من قال ان لم اقتل فلاناً فامرأته طالق، و فلان ميت و هو عالم به حنث، لانه عقد يمينه على حياة يحدثها الله تعالى فيه، و هو متصور فينعقد ثم يحنث للعجز العادي. و ان لم يعلم لا يحنث، لانه عقد يمينه على حياة كانت فيه. و لا يتصور فيصير قياس مسألة الكوز على الاختلاف. و ليس في تلك المسالة تفصيل العلم هو الصحيح.

الغسل لم يجز، و بعده يجوز (و من حلف لايضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث، لانه) اي لان الضرب (اسم لفعل مؤلم، و قد تحقق الايلام) بهذا الفعل، و كذلك اذا قرصها او وجأها، ذكره في الاصل، و به قال احمد و مالك رحمهما الله تعالى فمالك يعتبر وصول الالم الى جسمها او قلبها من سب او شتم او غيره ليتحقق الايلام بها، و هو المقصود، و لبعض اصحاب الشافعي رحمه الله تعالى مثل قوله و عند الشافعي العض و الخنق و القرص و نتف الشعر فليس بضرب، و لايشترط فيه الايلام (و قيل لايحنث في حال الملاعبة، لانه يسمى ممازحة لا ضرباً) قال الكاكي رحمه الله تعالى و هذا يدل على انه لو ضربه حال الممازحة لايحنث، و قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير هذا اذا كان في الغضب، اما اذا كان يلاعبها فضربها برأسه خطأ منه فاصاب انفها فادماه و آلمها لم يحنث، لان هذا لايعد ضرباً. و نقل في الخلاصة عن المنتقى(١) اذا حلف لايضرب فلانا فنفض ثوبه فاصاب وجهه او رماه بحجر او نشابة فاصابه لايحنث. (و من قال ان لم اقتل فلاناً فامرأته طالق، و فلان ميت، و هو عالم به حنث، لانه عقد يمينه على حياة يحدثها الله تعالى فيه، و هو متصور) يعني يمكن بالنظر الى قدرة الله (فينعقد) يمينه عليه (ثم يحنث للعجز العادي) اي لعجزه عادة عن قتله (و ان لم يعلم) بانه ميت (لايحنث لانه عقد يمينه على حياة كانت فيه، و لايتصور) البر، فلما لم يتصور البر لم يتصور الحنث (فيصير) اي حكم هذه المسألة (قياس مسألة الكوز) اذا حلف ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم، فامرأته طالق (على الاختلاف) المذكور فيها، و هو ان عندهما لايحنث، و عند ابي يوسف رحمه الله تعالى يحنث، كما قال في مسألة الكوز، لان تصور البر ليس بشرط عنده و قد مر تقريره في باب اليمين في الاكل و الشرب (و ليس في تلك المسألة) اي في مسالة الكوز (تفصيل العلم) يعني انه لا يقال فيها انه علم او لم يعلم، يعني سواء علم عدم الماء في الكوز او

---

(١) المنتقى الخ كذا في الفتح.

باب اليمين في تقاضي الدراهم

قال و من حلف ليقضين دينه الى قريب، فهو ما دون(١) الشهر، و ان قال الى بعيد، فهو اكثر من الشهر، لان ما دونه يعد قريبا، و الشهر و ما زاد عليه يعد بعيداً،

لم يعلم بخلاف قتل فلان، فانه اذا علم بموته يحنث، و اذا لم يعلم بموته لايحنث (هو الصحيح) احترز(٢) به عن قول المشايخ في العراق، فانه قالوا في مسألة الكوز، هذا اذا لم يعلم، يعني عدم الحنث عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى اذا لم يعلم بعدم الماء في الكوز، فاما اذا علم فيجب ان يصح يمينه، فيحنث نقل قولهم فخر الاسلام البزدوي رحمه الله تعالى في شرح الجامع الصغير.

(باب اليمين في تقاضي الدراهم)

اي هذا باب في بيان اليمين بتقاضي الدين، و انما(٣) خص الدراهم بالذكر دون الدنانير، لانها اكثر استعمالاً حتى قدر اقل المهر و نصاب السرقة بها دون الدنانير، و لقب الباب بالتقاضي و تقاضي الدين بمعنى استيفائه و هو الطلب بقضائه، و ذكر مسائله بلفظ القضاء و هو الاداء. و القضاء يجيء بمعنى الاداء قال الله تعالى فاذا قضيت الصلاة(٤) اي اذا اديت. (قال) اي القدوري رحمه الله تعالى (و من حلف ليقضينّ دينه الى قريب، فهو على ما دون الشهر، و ان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر، لان ما دونه يعد قريباً و الشهر و ما زاد عليه يعد بعيداً) و قال الشافعي رحمه الله تعالى لاحد لذلك كما قاله في شرح الاقطع و بيان مذهبه ان مدة القريب و البعيد لاتقدر بشيء، و به قال احمد(٥) رحمه الله تعالى لوقوعهما على القليل و الكثير

---

(١) فهو ما دون - ن - فهو على ما دون. (٢) احترز الخ و في الكفاية قوله هو الصحيح احتراز عما ذكر في شرح الطحاوي فقال فيه لو كان يعلم ان الكوز لا ماء فيه فحلف و قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق فانه يحنث بالاتفاق و روي عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى في رواية اخرى انه لايحنث علم او لم يعلم و هو قول زفر رحمه الله تعالى و الصحيح ما ذكر في الكتاب كذا في الفوائد الظهيرية و نحوه في العناية و الفتح. (٣) و انما الخ راجع العناية. (٤) الصلوة - الجمعة - ١٠. (٥) و به قال احمد رحمه الله تعالي الخ و نبذ منه في المغنى ص٣٠٣ ج١١ و قال ابن الهمام رحمه الله تعالى في الفتح و قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى ليس في يمين القريب و البعيد تقدير لانه اضافى فكل مدة قريبة بالنسبة الى ما بعدها و بعيدة بالنسبة الى ما دونه و مدة الدنيا كلها قريبة باعتبار و بعيدة باعتبار آخر و انما يحكم بحنثه اذا مات قبل ان يقضيه و قلنا هنا وجهان من الاعتبار اعتبار الاضافة و لا ضبط فيها كما ذكرت و اعتبار العرف و عليه مبنى الايمان و العرف يعد الشهر بعيدا فانه يقال ما رأيتك منذ شهر عند استبعاد مدة الغيبة فعند الاطلاق و عدم النية =>

و لهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر. و من حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او

فمتى قضاه بر، و انما يحنث اذا مات قبل ان يقضيه مع التمكن (و لهذا) اي و لاجل ان ما زاد على الشهر يعد بعيداً (يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر) و هذا فيما اذا لم ينو، اما اذا نوى. فهو على ما نوى بدليل ما ذكر في الاجناس و لو حلف و اللّه لا اكلمك قريباً فهو على اقل من شهر ثم قال قال ابوحنيفة رحمه اللّه تعالى ان نوى اكثر من شهر يدين في القضاء و في فتاوى الولوالجي لو قال لاعطين حقك عاجلاً، و هو ينوي وقتا، فهو على ما نوى، و ان نوى سنة لان الدنيا كلها قريب عاجل فان قيل ما من زمنٍ الا و هو قريب، بالاضافة الى ما هو فوقه، و بعيد بالاضافة الى ما هو دونه، فلم يدل دليل على ارادة البعض دون البعض، و اجيب بانا لانسلم عدم الدلالة، و كيف لايدل و العرف دليل عليه و مبنى الايمان على العرف (و من حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه، ثم وجد فلان بعضها) اي بعض دراهم الدين (زيوفاً) جمع زيف، و هو ما زيفه بيت المال، لكن يروج فيما بين التجار، و هو من زافت عليه دراهم، اي صارت(١) مردودة عليه (او نبهرجة) قال الاترازي البهرجة ما يبهرجه التجار لغش فيه و هو اردى من الزيف. و قال الكاكي قيل النبهرجة لفظة اعجمية معربة، و اصلها نبهره و هو الحظ، يعني حظ هذه الدراهم من الفضة اقل و من الغير اكثر مما يوجد في دار الضرب و في المبسوط(٢) النبهرجة ما يبهرجه التجار و المتسامح منهم يتجوز به و المستقصى منهم لايتجوز به للغش فيه (او

==> يعتبر ذالك فاما اذا نوى بقوله الى قريب و الى بعيد مدة معينة فهو على ما نوى حتى لو نوى بقوله الى قريب او عاجلا سنة او اكثر صحت و كذا الى آخر الدنيا لانها قريبة بالنسبة الى الآخرة انتهى. (١) صارت الخ و في اللسان صارت مردودة لغش فيها. (٢) و في المبسوط الخ - او في فتح القدير زيوفا و هي المغشوشة غشا قليلا بحيث يتجوز التجار بها و انما يرده بيت المال او نبهرجة و غشها اكثر من الزيوف يرده من التجار المستقصى و يقبله السهل منهم. و في لسان العرب مادة بهج ص٢١٧ ج٢ مكان بهرج (بفتح الباء و سكون الهاء و فتح الراء) غير جمى و قد بهرجه فتبهرج و البهرج الشيء المباح يقال بهرج دمه (اي ابطله) و درهم بهرج ردئ و كل ردئ من الدراهم و غيرها بهرج و هو اعراب نبهره فارس ابن الاعرابي البهرج الدرهم المبطل السكة و كل مردود عند العرب بهرج و نبهرج (بفتح النون و الباء و سكون الهاء و فتح الراء) و في الحديث انه صلى اللّه عليه وسلم بهرج دم ابن الحارث اي ابطله و قيل هي كلمة هندية اصلها نبهلة (بفتح النون و الباء و اللام و سكون الهاء) و هو الردئ فنقلت الى الفارسية فقيل نبهرة (على وزن نبهلة) ثم عربت بهرج انتهى و قوله و قيل هي كلمة هندية الخ كذا في النهاية لابن الاثير ص١٦٦ ج١ مادة بهرج.

مستحقة لم يحنث الحالف، لان الزيافة عيب و العيب لايعدم الجنس. و لهذا لو تجوز به صار مستوفياً فوجد شرط البر، و قبض المستحقة صحيح و لا يرتفع برده البر المتحقق، و ان وجدها رصاصاً او ستوقة

مستحقة) اي او وجدها فلان مستحقة استحقها شخص بنفسه (لم يحنث الحالف) و قال الشافعي رحمه الله تعالى بقولنا، و قال مالك رحمه الله تعالى حنث. قال اللخمي من اصحابه هذا مراعاة اللفظ، اما بالنظر الى المقاصد لايحنث (لان الزيافة عيب) و في المغرب(١) قياس مصدره الزيوف، و اما الزيافة(٢) لغة الفقهاء رحمهم الله تعالى (و العيب لايعدم الجنس) يعني اسم الدراهم لايزول بهذه الاوصاف لانها عيب و العيب لايعدم الجنس (و لهذا) اي و لاجل عدم زوال اسم الدراهم بهذه الاوصاف (لو تجوز به) اي لو تسامح القابض بالدراهم الزيوف و النبهرجة (صار مستوفياً) حقه، و كذا لو تجوز بها في راس مال السلم و بدل الصرف فيجوز و لو فات بذلك اسم الدراهم لكان استبدالا و هو حرام فيهما (فوجد شرط البر) فلايحنث (و قبض المستحقة صحيح) حتى لو اجازه المستحق جاز و عند عدم الاجازة ينفسخ القبض. و كذا لو اجازه المستحق في الصرف و السلم بعد الافتراق جاز فيوجد شرط البر فيه (و لايرتفع برده) اي برد ما قضى من الزيوف و البنهرجة او المستحقة (البر المتحقق) لان شرط البر لايحتمل الانتقاض لان اليمين لما انحلت بوجود الشرط لم يقبل الفسخ، و الانتقاض كالكتابة، فان مولى المكاتب اذا رد البدل لكونه زيوفاً او نبهرجة او استرد بالاستحقاق لاينتقض العتق، بخلاف قضاء الدين، فانه ينتقض برد المقبوض بعيب، او استحقاق لان مبناه المقاصة و قد زالت (و ان وجدها رصاصاً او ستوقة) بفتح السين(٣) فارسية معربة و معناها ثلاث طاقات، لانها صفر مموه من الجانبين بالفضة، و

---

(١) المغرب ص٣٧٧ ج١ مادة زيف و كذا في الفتح و الكفاية. (٢) الزيافة بفتح الزاء و يكسر زاف الدرهم يزيف زيوفا و زيوفة ردؤ (على وزن كرم) فهو زائف و الجمع زيف (بضم الزاي و تشديد الياء المفتوحة) و كذلك زيف بفتح الزاء و سكون الياء و الجمع زيوف لسان. (٣) بفتح السين الخ و في الفتح و الستوقة المغشوشة غشا زائدا و هو تعريب سي توقة إي ثلاث طبقات طبقتا الوجهين فضة و ما بينهما نحاس و نحوه انتهى و في اللسان درهم ستوق (بفتح السين و ضمها و تشديد التاء المضموم و سكون الواو) زيف بهرج لا خير فيه و هو معرب. و في تاج العروس فصل السين من باب القاف درهم ستوق كتنور و قدوس كما في الصحاح و تستوق بضم التاءين زيف بهرج لا خير فيه معرب فارسيته سه تو اي ثلاثة اطباق و الواو غير مشبعة و في الكفاية و عن الكرخي رحمه الله تعالى الستوق عندهم ما كان الصفر او النحاس هو الغالب الاكثر فيه و قيل هو تعريب سه تو و هو أن يكون داخله نحاسا و خارجه فضة - و في غياث اللغات ص٢٦٠ ستوقة بفتح اول و ضم ثاني و فتح قاف =>

حنث، لانهما ليسا من جنس الدراهم، حتى لايجوز التجوز بهما في الصرف و السلم و ان باعه بها عبداً و قبضه بر في يمينه، لان قضاء الدين طريقه المقاصة و قد تحققت بمجرد البيع فكانه

قيل الستوقة اردى من النبهرجة. و عن الكرخي الستوقة عندهم ما كان الصفر او النحاس غالباً (حنث) و به قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى (لانهما) اي لان الرصاص و الستوقة (ليسا من جنس الدراهم حتي لايجوز التجوز بهما في الصرف و السلم) اي حتى لايجوز التسامح بهما في ثمن الصرف، و كذا في السلم لانهما ليستا من جنس الدراهم، و لهذا لو وجد مولى المكاتب بدل الكتابة رصاصا او ستوقة، لايعتق المكاتب. كذا قال الشيخ ابو المعين النسفي رحمه الله تعالى و ذكر التمرتاشي لو ادى المكاتب بدل الكتابة و حكم بعتقه ثم وجد البدل ستوقة لم يعتق، و لو وجد زيوفاً او نبهرجة او مستحقة لم يبطل العتق (و ان باعه بها عبداً) اي و ان باع الحالف المديون رب الدين بالدراهم التي لرب الدين عبداً (و قبضه) اي قبض العبد رب الدين (بر في يمينه) اي بر الحالف في يمينه، لانه قضى دينه (لان قضاء الدين طريقه المقاصة، و قد تحققت بمجرد البيع) فيحصل القضاء فيبر في يمينه بيانه(١) ان حق رب الدين في الدين لا في العين، و القضاء لا يتحقق في نفس الدين لانه وصف ثابت في الذمة، و لكن ما يقبضه رب الدين من العين يصير مضموناً عليه، لانه قبض على جهة التملك، فكان ديناً عليه للمديون، و لرب الدين على المديون مثله فالتقى الدينان قصاصاً. و هذا معنى قول اصحابنا الديون تقضى بامثالها لا باعيانها و قد تحقق المقاصة بمجرد البيع قبض الدائن العبد او لم يقبض، و لكن قيد القبض وقع في رواية جامع الصغير، اشار اليه المصنف رحمه الله تعالى بقوله (فكانه)(٢) اي

=> معرب سته (ثم قال) سته بكسر اول و تخفيف تا و هائے ملفوظ بمعنى درهم ناسره و اين دراصل سه ته بود چرا كه هر دو جانب آن دو ته نقره باشد و درميان يك ته مس باشد و ستوقه معرب اين است انتهى. (١) بيانه الخ و في العناية ان ما يقبضه رب الدين يصير مضمونا عليه لانه يقبضه لنفسه على وجه التملك و لرب الدين على المديون مثله اي مثل ما في ذمته فيلتقيان قصاصا (و قد تحققت بمجرد البيع) لان ثمن العبد آخر الدينين فيكون قضاء عن الاول و انما كان طريق قضاء الدين المقاصة لان قضاء الدين حقيقة لايتصور لان القضاء يصادف العين و حق صاحب الدين في وصف في الذمة و لهذا قالوا الديون تقضى بامثالها انتهى و نحوه في الفتح و الكفاية. (٢) فكانه الخ و في العناية و قوله فكانه شرط القبض كانه اشارة الى الجواب عما يقال لو تحققت المقاصة بمجرد البيع لما قال محمد في الجامع الصغير و يقبضه و وجهه ان اشتراط القبض ليكون هذا الدين مثل الدين الذي للمشتري عليه لان ما له من الدين عليه متقرر و ثمن العبد غير متقرر قبل القبض لانه على ==>

شرط القبض ليتقرر به و ان وهبها له يعني الدين، لم يبر لعدم المقاصة، لان القضاء فعله، و الهبة اسقاط من صاحب الدين. و من حلف لايقبض دينه درهماً دون درهم، فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه متفرقاً، لان الشرط

فكان محمد رحمه الله تعالى (شرط القبض) في رواية الجامع (ليتقرر به) اي ليتأكد البيع بالقبض، لان المبيع اذا هلك قبض القبض ينفسخ البيع، لكن لايرتفع البر لانه لايقبل الانتقاض هذا الذي قلنا في البيع الصحيح، اما في البيع الفاسد اذا قبض العبد، فان كان في قيمته وفاء بالحق بر و الا حنث لانه مضمون بالقيمة (و إن وهبها) اي و ان وهب الدائن دراهم الدين (له) للمديون، و فسره بقوله (يعني الدين لم يبر) لان شرط البر القضاء و لم يوجد (لعدم المقاصة) قال الكاكي رحمه الله تعالى قوله لم يبر يوهم انه يحنث، بل معناه لم يبر و لم يحنث ايضا عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله تعالى لفوات المحلوف عليه و هو الدين كما في مسألة الكوز، لان قوله لم يبر اعم من قوله يحنث، و من قوله تبطل اليمين فحمل على الثاني تصحيحاً لكلامه و قال الاترازي رحمه الله تعالى فيه نظر، لانه حينئذ يلزم منه ارتفاع النقيضين، و هو فاسد، لان البر نقيض الحنث، فمن وجود احدهما يلزم ارتفاع الآخر، و من ارتفاع احدهما يلزم وجود الآخر، فلايجوز ان يرتفعا جميعاً. و قال الاكمل(١) رحمه الله تعالى رداً عليه، ليسا بنقيضين على اصطلاح اهل المعقول و غير الحالف لايتصف باحدهما و شأن النقيضين ليس كذلك، فاذا بطل اليمين بفوات تصور البر صار كغير الحالف من الناس، فيجوز ان لايتصف بواحد منهما، و قيل(٢) ذكر اليوم في وضع المسالة وقع سهواً من الكاتب. و ذكر البزدوي و السرخسي و المعين هذه المسالة مطلقة غير مؤقتة باليوم. و في المحيط و لو ابرأه او وهبه لم يحنث، و كذا لو حلف لايفارق غريمه حتى يستوفي الدين، فوهبه و ابرأه لم يحنث عندهما، خلافا لابي يوسف رحمه الله تعالى و به قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى (لان القضاء فعله) اي لان القضاء فعل المديون بالاداء (و الهبة اسقاط من صاحب الدين) يعني الهبة فعل الدائن بالابراء، و هو اسقاط منه، فلايكون فعل احدهما فعلاً للآخر، فلايبر المديون بفعل الدائن (و من حلف لايقبض دينه درهماً دون درهم، فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه متفرقاً، لان الشرط

<= شرف السقوط بموته فاذا قبضه صار متقررا فيكون مثله فيتقاصان انتهى. (١) الاكمل في العناية ص٤٦٥ ج٤ و فتح القدير. (٢) و قيل ذكر اليوم الخ كذا في الكفاية ص٤٦٦ ج٤ و لفظه و ذكر فخر الاسلام البزدوي و الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي و الشيخ الامام ابو المعين النسفي رحمهم الله تعالى في كتبهم مطلقة غير موقتة باليوم فعلى هذا معنى قوله لايبر يحنث لكن هذه نسبة الى السهو مع الوجه الصحيح و هو انه لايبر =>

قبض الكل لكنه بوصف التفرق الا ترى أنه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه، فينصرف الى كله فلايحنث الا به، فان قبض دينه في وزنين و لم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث، و ليس ذلك بتفريق. لانه قد يتعذر قبض الكل دفعه واحدة عادة، فيصير هذا القدر مستثنى عنه و من قال ان كان لي الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفى ما زاد على المائة و لان استثناء المائة استثنائها بجميع اجزائها وكذلك لو قال غير مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء

قبض الكل) اي لان شرط الحنث قبض كل الدين متفرقاً، و هو معنى قوله (لكنه بوصف التفرق الا ترى انه اضاف القبض الى دين معرف) حيث قال لايقبض دينه (مضاف اليه) اي الى الدائن (فينصرف الى كله فلايحنث الا به) اي بالشرط المذكور و هو قبض الكل متفرقاً و لو قبض في اول الشهر بعضه و في آخره بعضه حنث لوجود الشرط بخلاف التفريق الضروري اشار اليه بقوله (فان قبض دينه في وزنين و لم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث و ليس ذالك بتفريق، لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه) هذا الذي ذكره القدوري رحمه الله تعالى استحسان و القياس ان يحنث. كذا ذكر ابو المعين النسفي رحمه الله تعالى في شرح الجامع الكبير، و بالقياس قال زفر رحمه الله تعالى لان شرط الحنث قبض الكل متفرقا و قد حصل ذلك لما وزن خمسين فدفعها اليه ثم وزن خمسين اخرى فدفعها اليه لانه حصل قبض الكل بصفة التفريق، وجه الاستحسان ان الناس يعدون هذا قبض الجملة دفعة واحدة فيقولون قبض فلان حقه دفعة واحدة و المال اذا كثر لايمكن قبضه الا بهذا الطريق فصار هذا القدر من التفريق مما لايمكن الامتناع منه فيجعل مستثنى عن اليمين بدلالة الحال و هو نظير لا اسكن هذه الدار و هو ساكنها (و من قال ان كان لي الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة) و شرط الحنث ملك ما زاد على المائة فلم يوجد الشرط فيما دون المائة فلايحنث (و لان استثناء المائة استثناؤها بجميع اجزائها) لان(١) مستثنى المائة يكون مستثنى للخمسين ضرورة لان الاستثناء لايكون الا بجميع اجزائها و الخمسون من اجزائها (و كذلك لو قال غير مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء) لان حكم لفظ غير و لفظ سوى حكم الا و في الجامع الكبير لو قال عبده حر ان كنت املك الا خمسين

=> لبطلان اليمين فلايحنث انتهى. (١) لان مستثنى المائة الخ و في العناية و الكفاية - فكان استثناء الخمسين داخلا تحت استثناء المائة لان الخمسين من اجزاء المائة فلهذا لايحنث.

مسائل متفرقة

و اذا حلف لايفعل كذا تركه ابدا لانه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفي و ان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باي فعل فعله و انما يحنث بوقوع(١) الياس عنه و ذلك بموته او بفوات محل الفعل

درهما فلم يملك الا عشرة لم يحنث لانها بعض المستثنى و لو ملك زيادة على خمسين او كان من جنس مال الزكوة و حلف مالى مال يحنث بمال الزكوة و عند الشافعي يحنث بكل مال و عند مالك رحمه الله تعالى المال هو الذهب و الفضة.

(مسائل متفرقة)(٢)

اي هذه مسائل متفرقة و ارتفاع مسائل على انه خبر مبتدأ محذوف اي هذه مسائل و متفرقة صفتها و معناها من مواضع شتى و قد جرت عادة المصنفين بان يذكروا ما شذ من المسائل في كل كتاب في آخر ابوابه استدراكا له (و اذا حلف لايفعل كذا تركه ابدا لانه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع) اي الامتناع عن الفعل ابدا (ضرورة عموم النفي) لان قوله لايفعل يقتضى مصدرا نكرة فدلالته على المصدر ظاهر لانه لاينفك عنه و اما كونه نكرة فهو الاصل لان المعرفة لعارض و النكرة اذا وقعت في موضع النفي تعم فاذا فعل بوجه من الوجوه و وقت من الاوقات حنث (و ان حلف ليفعلن كذا ففعله) اي فعل ذلك الفعل (مرة واحدة بر في يمينه لان الملتزم) بفتح الزاء اي الذي التزمه الحالف (فعل واحد غير عين) اي غير معين نحو قوله ليصلين او ليصومن او ليحجن او ليتصدقن فانه اذا فعل ذلك الشيء من هذه الاشياء مرة واحدة بر في يمينه (اذ المقام مقام الاثبات) لان النكرة في موضع الاثبات لاتعم فيبر بادنى ما ينطلق عليه اسم المحلوف عليه سواء فعله مختارا او مكرها او ناسيا او بطريق الوكالة و هو معنى قوله (فيبر باي فعل فعله و انما يحنث بوقوع الياس عنه) اي عن ذلك الفعل (و ذلك) الياس منه (بموته) اي بموت الحالف (او بفوت محل الفعل) و هو المحلوف عليه كما اذا حلف لآكلن هذا الرغيف او لآتين البصرة فان مات او فات هذا حنث، قال صاحب التحفة و يجب عليه الكفارة و يوصي بها اذا كان الهالك هو

---

(١) بوقوع – ن – لوقوع. (٢) مسائل متفرقة و في فتح القدير اي هذه المسائل مسائل متفرقة فتكون الاشارة لامر حاضر في الذهن او تاخر وضع الترجمة عن وضع المسائل فتكون الاشارة على ظاهرها و الظاهر الاول لان المعتاد تقدم الترجمة فان من عادة المصنفين ان يذكروا لما شذ عن الابواب هذه الترجمة و نحوها.

و اذا استحلف(١) الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته خاصة لان المقصود منه دفع شره او شر غيره بزجره فلايفيد فائدته بعد زوال سلطنته و الزوال بالموت و كذا بالعزل في ظاهر الرواية

الحالف قال الكاكي هذا الذي ذكره فيما اذا عقد يمينه مطلقا اما اذا عقده موقتا فلايحنث(٢) قبل مضى ذلك الوقت و ان وقع الياس بموته او يفوت المحل لما ان الوقت مانع من الانحلال اذ لو انحل قبل مضى الوقت لم يكن للتوقيت فائدة كذا في الايضاح. و قال الاترازي و معنى قوله لايفعل كذا تركه ابداً فيما اذا كانت اليمين مطلقة اما اذا كانت موقتة بزمان كاليوم و الشهر فيتوقت يمينه بذالك الزمان فبعد ذلك تنحل يمينه و لايلزمه ترك الفعل بعد ذلك الزمان و اما التوقيت في الاثبات كقوله و الله لآكلن هذا الرغيف اليوم فانه لايحنث ما دام الحالف و المحلوف عليه قائمين و اليوم باق، اما اذا قضى اليوم يحنث و ان كان قائمين لفوات البر لفوات الوقت المعين و اما اذا هلك الحالف قبل مضي اليوم لايحنث بالاتفاق و ان هلك المحلوف عليه و هو الرغيف قبل مضى اليوم اجمعوا انه لايحنث في الحال فاذا مضى اليوم اختلفوا قال ابوحنيفة و محمد رحمهما الله تعالى لايحنث في يمينه و قال ابويوسف رحمه الله تعالى يحنث و تجب الكفارة لان تصور البر ليس بشرط عنده خلافاً لهما (و اذا حلف الوالي) بتشديد اللام من التحليف (رجلا ليعلمنه) من الاعلام (بكل داعر دخل البلد) و في بعض النسخ مكان كل داعر و الداعر بالدال و العين المهملتين على وزن فاعل هو الخبيث المفسد من الناس و جمعه دعار(٣) من الدعر و هو الفساد يقال دعر العود يدعر دعراً من باب علم يعلم اذا فسد (فهو على حال ولايته خاصة) اي يقيد اليمين على حال ولايته و به قال(٤) الشافعي رحمه الله تعالى في قول و احمد رحمه الله تعالى في رواية (لان المقصود منه) اي لان غرض المستحلف من هذا (دفع شره او شر غيره) اي دفع شر الداعر او دفع شر غيره اي غير الداعر (بزجره) اي بزجر الداعر يعني لو زجر الداعر ينزجر غيره من الدعارة (فلايفيد فائدته) اي فائدة الزجر (بعد زوال سلطنته) اي سلطنة هذا الوالي اي شوكته و قدرته على ما يطلب منه (و الزوال بالموت) اي بموت هذا الوالي (و كذا بالعزل) اي بعزله (في ظاهر الرواية) عن اصحابنا و هي رواية الزيادات و عن ابي يوسف

---

(١) استحلف - ن - حلف. (٢) فلايحنث الخ كذا في العناية. (٣) دعار بضم الدال و تشديد العين و في اللسان دعر العود بكسر العين دعرا (بفتحتين) فهو دعر (بالفتح و الكسر) دخن (من باب التفعيل) فلم يتقد و هو ردئ الدخان و منه اتخذت الدعارة (بفتح الدال) و هي الفسق و عود دعر (بالفتح و الكسر) اي كثير الدخان الخ. (٤) قال الشافعي رحمه الله تعالى كذا في الفتح.

و من حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه و لم يقبل فقد بر في يمينه خلافا لزفر رحمه الله تعالى فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله و لنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع و لهذا يقال وهب و لم يقبل و لان المقصود اظهار السماحة و ذالك يتم به و اما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين و من حلف لايشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لايحنث لانه اسم لما لا ساق له و لهما ساق

رحمه الله تعالى يجب الرفع اليه بعد العزل و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و احمد رحمه الله تعالى في رواية لانه يفيد في الجملة لاحتمال ان يولى ثانيا فيؤدب الداعر و عنه يبطل الرفع بعزله لا بموته و كذلك السلطان اذا حلف رجلا ان لايخرج من الكورة الا باذنه فهو على حال ولايته كذا في الزيادات (و من حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه و لم يقبل) اي الموهوب له (بر في يمينه) اي لم يحنث (خلافا لزفر رحمه الله تعالى) فانه يحنث عنده و في الكافي حلف يهب عبده لفلان فوهبه له و لم يقبل ان كان الموهوب له غائبا لم يحنث اجماعا و ان كان حاضراً حنث استحسانا و به قال احمد و الشافعي رحمهما الله تعالى في قول و قال زفر رحمه الله تعالى لايحنث بدون القبول و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و في قول(١) ما لم يقبل و يقبض و على هذا الخلاف الاعارة و الصدقة و الاقرار و الوصية ذكره في جامع الكبير و في الكفاية(٢) و كذا القرض و في رواية عن ابي يوسف رحمه الله تعالى قبول المستقرض شرط لان القرض في حكم المعاوضة (فانه) اي فان زفر (يعتبره) اي يعتبر عقد الهبة (بالبيع لانه تمليك مثله) فلايتم الا بالقبول (و لنا انه) اي ان الهبة باعتبار الواهب (عقد تبرع) اي تمليك بلا عوض (فيتم بالمتبرع) اي الواهب و القبول شرط ثبوت الملك (و لهذا) اي و لاجل كونه يتم بالمتبرع (يقال وهب و لم يقبل) و لايقال باع و لم يقبل يعني لايسمى بيعا ما لم يوجد القبول (و لان المقصود) من الهبة (اظهار السماحة) اي الكرم (و ذالك) اي اظهار السماحة (يتم به) اي بالحالف الواهب (اما البيع) جواب من قول زفر رحمه الله تعالى يعني اما البيع فليس كذالك لانه مبادلة المال بالمال و هو معنى قوله (فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين) اي من جانب البائع و جانب المشتري (و من حلف لايشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لايحنث لانه) اي لان الريحان (اسم لما لا ساق له و لهما) اي و للورد و للياسمين (ساق) الريحان في اللغة كل ما طاب ريحه من النبات و هذا يتناول الورد و الياسمين كما هو مذهب احمد رحمه الله تعالى و لكن عند الفقهاء الريحان ما لساقه رائحة طيبة كما لورقه كالآس و الورد ما لورقه رائحة طيبة فحسب

---

(١) و في قول اي لزفر رحمه الله تعالى كما يفهم من الفتح ص٤٦٩ ج٤. (٢) الكفاية ص٤٧٠ ج٤.

و من حلف لايشتري بنفسجا و لا نية له فهو على دهنه اعتبارا للعرف و لهذا يسمى بائعه بائع البنفسج و

كالياسمين كذا ذكره صاحب المغرب(١) و قال الفقيه ابوالليث رحمه الله تعالى في شرح الجامع الصغير روى هشام عن محمد رحمه الله تعالى انه قال كل ما اخضر فهو ريحان مثل الآس و الشا هسفرم(٢) و نحو ذلك و ما سوى ذلك ليس بريحان و قال الاترازي(٣) و علل فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير بقوله لان الريحان اسم لما لايقوم على ساق من البقول مما له رائحة طيبة و هو موضوع ذلك لغة و قلده الصدر الشهيد و صاحب الهداية ثم قال و الياسمين و الورد لهما ساق ثم قال الاترازي و لنا فيه نظر لانه لايثبت في قوانين اللغة الريحان بهذا التفسير اصلا و لئن صح ما قالوا كان ينبغي ان لايحنث بالآس لان له ساقا و ليس من البقول ايضا و قد نص الحاكم على انه يحنث انتهى قلت نظره وارد في هذا لان في البلاد البصرية ينبت ريحان و له ساق قدر نصف ذراع و ايضا الايمان مبنية على العرف لا على اللغة فينبغي ان يحنث اذا شم وردا او ياسمينا و نظرنا الى اللغة لان جماعة من اهل اللغة قالوا كل ما طاب ريحه من النبات فهو ريحان فعلى هذا يطلق على الورد و الياسمين والريحان (و من حلف لايشترى بنفسجا و لا نية له فهو على دهنه اعتبارا للعرف) لان الايمان محمولة على معاني كلام الناس و في عرفهم اذا ذكروا البنفسج يراد به دهنه لا ورقه (و لهذا) اي و لاجل اعتبار العرف (يسمى بائعه بائع البنفسج و

---

(١) المغرب ص٣٥١ ج١. (٢) الشا هسفرم بفتح الهاء و سكون السين و ضم الفاء و الراء و في المعتمد بكسر الهاء و فتح الفاء و الراء. كذا في المغرب و هامشه. (٣) و قال الاترازي الخ و في العناية ص٤٧٠ ج٤ لانه اسم لما لا ساق له و لهما ساق قيل هذا تفسير الامام فخر الاسلام و قلده الصدر الشهيد و المصنف و فيه نظر لانه لم يثبت في قوانين اللغة الريحان بهذا التفسير اصلا و جوابه ان معنى قوله اسم لما لا ساق له ان لساقه رائحة طيبة كما لورقه اصطلح عليه الفقهاء و ان لم يثبت في اللغة على ان نفيه في اللغة يتوقف على الاستقراء التام في اوضاع اللغة و هو متعذر و قيل في الضابط بين الورد و الريحان ان ما ينبت من بزره مما لا شجر له و لعينه رائحة طيبة مستلذة فهو ريحان و ما ينبت من الشجر و لورقه رائحة مستلذة فهو ورد انتهى و في الكفاية و في عرف اهل العراق الريحان اسم لما قيام له على الساق من البقل مما له رائحة طيبة و يستنبت في كل عام كالضميران و نحوه و في المبسوط و لو حلف لايشم ريحانا فشم آسا و ما اشبهه من الرياحين حنث و ان شم الياسمين او الورد لايحنث لانهما من جملة الاشجار و الرياحين اسم لما ليس له شجر الا ترى ان الله تعالى قال و النجم و الشجر يسجدان الى ان قال و الحب ذو العصف و الريحان فقد جعل الريحان غير الشجر فعرفنا ان ما له شجر ليس بريحان و ان كانت له رائحة مستلذة انتهى و راجع الفتح ايضا.

الشراء يبتنى عليه و قيل في عرفنا يقع على الورق و ان حلف على الورد فاليمين على الورق لانه حقيقة فيه و العرف مقرر له و في البنفسج قاض عليه

الشراء يبتنى عليه و قيل في عرفنا يقع على الورق) و فيه نظر لايخفى و يؤيده قوله و قيل في عرفنا يقع على الورق وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى هذا عند اهل العراق فاما في بلادنا فلايقع على الدهن الا ان ينوى و قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى لايحنث بشراء دهنه اعتباراً بحقيقة اللفظ و لو اشترى ورق البنفسج لم يحنث خلافا للشافعي و احمد رحمهما الله تعالى و ذكر الكرخي(١) رحمه الله تعالى انه يحنث ايضا (و ان حلف على الورد فاليمين على الورق لانه حقيقة فيه) اي لان الورد حقيقة في الورق (و العرف(٢) مقرر له) اي العرف ايضا مقرر لوقوع الحقيقة او لكون الحقيقة مرادة له (و في البنفسج قاض عليه) اي غالب عليه على وقوع الحقيقة فلايقع على ورقه لان مبنى الايمان على العرف لا على الحقيقة و قال مشائخنا رحمهم الله تعالى و البنفسج و الورق يقعان على الورق في عرفنا قاله الكاكي و هو الصواب الاوجه و الله اعلم.

---

(١) و ذكر الكرخي و في الكفاية و ذكر الكرخي رحمه الله تعالى في كتابه انه يحنث ايضا و هذا شيء يبتنى على العرف ففي عرف اهل الكوفة في ذلك الوقت بائع الورق لايسمى بائع البنفسج و انما يسمى به بائع الدهن فبنى الجواب في الكتاب على ذالك ثم شاهد الكرخي رحمه الله تعالى عرف اهل بغداد انهم يسمون به بائع الورق ايضا فقال يحنث و هكذا في ديارنا الخ و نحوه في الفتح. (٢) و العرف الخ و في العناية و العرف مقرر له اي لوقوع اليمين على الحقيقة يعني ان اسم الورد على الورق حقيقة و في العرف ايضا يفهم منه ذالك فكان العرف مقررا للوقوع عل الحقيقة و في البنفسج قاض عليه اي غالب راجح يعني اسم البنفسج يقع على عين البنفسج حقيقة كما هو مذهب الشافعي رحمه الله تعالى لا على دهنه و لكن العرف غير تلك الحقيقة من عينه الى دهنه فكان العرف غالبا و راجحا في اسم البنفسج على حقيقته انتهى و في الكفاية و العرف مقرر له لان اسم الورد حقيقة في ورقه و في العرف يراد به الورق ايضا فكان العرف مقررا له و في البنفسج قاض عليه لانه اسم للورق حقيقة و يراد به في العرف دهنه فرجحنا العرف على الحقيقة لان مبنى الايمان على العرف و الله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الحدود

قال الحد لغة هو المنع و منه الحداد للبواب و في الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لايسمى القصاص حداً لانه حق العبد و لا التعزير لعدم التقدير و المقصد الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد

(كتاب الحدود)(١)

اي هذا الكتاب في بيان احكام الحدود وجه المناسبة بين البابين من حيث ان في الايمان الكفارة التي هي دائرة بين العبادة و العقوبة و الحدود من العقوبات المحضة و الحدود جمع حد (قال) اي المصنف رحمه الله تعالى (الحد لغة) اي معنى الحد في اللغة (هو المنع) يقال حدني عن كذا و كذا اي منعني عنه و به سمى السجان(٢) حدادا لمنعه المحبوسين عن الخروج (و منه الحداد للبواب) اي و من هذا المعنى قيل للبواب حداد لمنعه الناس عن الدخول في الدار التي هو بواب فيها و سمى المعرف للشيء حدا لانه يمنع الخارج عن المحدود عن الدخول (و في الشريعة هو) اي الحد (العقوبة المقدرة حقا لله تعالى) يستوفى بها حق الله تعالى (حتى لايسمى القصاص حدا لانه حق العبد) بدلالة جواز العفو و الاعتياض (و لا التعزير) اي و لايسمى التعزير حدا ايضا (لعدم التقدير) فيه اي ليس بمقدر هذا ما عليه عامة اصحابنا رحمهم الله تعالى و قال صدر الاسلام البزدوي في مبسوطه. و القصاص سمى حدا ايضا و حدود الشرع موانع قبل الوقوع و زواجر بعده اعنى عن الفعل المنهى عنه (و المقصد الاصلي من شرعه) اي المقصد الكلي من مشروعية الحد (الانزجار عما يتضرر به العباد) في النفس و العرض و المال ففي حد الزنا صيانة

---

(١) الحدود الخ راجع اوجز المسالك كتاب الحدود ص١ ج٦ و عمدة القاري كتاب الحدود ص٢٦٤ ج٢٣ و فتح الباري كتاب الحدود ص٦٨ ج١٢ و فتح القدير ص٢-٤ ج٥. (٢) السجان بتشديد الجيم على وزن عفان صاحب السجن حارس السجن و في الفتح و سمى اهل الاصطلاح المعرف للماهية حدا لمنعه من الدخول و الخروج و حدود الدار نهاياتها لمنعها عن دخول ملك الغير فيها و خروج بعضها اليه و في الشرع قال المصنف رحمه الله تعالى هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى فلايسمى القصاص حدا لانه حق العبد و لا التعزير لعدم التقدير على ما عليه عامة المشائخ و هذا لان المقدر نوع منه و هو التعزير بالضرب لكنه لاينحصر في الضرب بل يكون بغيره من حبس و عرك اذن وغيره على ما سيأتي ان شاء الله تعالى و هذا الاصطلاح هو المشهور و في اصطلاح آخر لايوخذ الاخير فيسمى القصاص حدا فالحد هو العقوبة المقدرة شرعا غير ان الحد على هذا قسمان ما يصح فيه العفو و ما لا يقبله و على الاول الحد مطلقا لايقبل الاسقاط بعد ثبوت سببه عند الحاكم و عليه ابتنى عدم جواز الشفاعة فيه فانها طلب ترك الواجب الخ.

و الطهارة ليست اصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر قال الزنا يثبت بالبينة و الاقرار و المراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر و كذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لاسيما فيما يتعلق بثبوته مضرة و معرة

النفس(١) و في حد القذف صيانة العرض و في حد السرقة صيانة المال (و الطهارة ليست اصلية) الطهارة بمعنى الطهرة و هو خلاف الدنس و المعنى ان الطهرة عن الذنوب ليست باصلية (فيه) اي في الحد (بدليل شرعه) اي مشروعيته (في حق الكافر) و لهذا يجب الحد على الذي اذا زنى و لايطهر عن الذنب باجراء الحد عليه فعلم ان المقصود من الحد الانزجار لا الطهر (قال) اي القدوري (الزنا يثبت بالبينة و الاقرار) هذا لفظ القدوري رحمه الله تعالى في مختصره و قال صاحب الهداية (و المراد ثبوته عند الامام) اي الحاكم انما قال ذلك لان ثبوت الزنا في نفس الامر لايقف على وجود البينة او الاقرار لانه امر حسي يوجد و ان لم يوجدا و قد يوجدان و لايوجد الزنا لاحتمال الكذب فيهما فحصل الانفكاك بين الزنا و بينهما وجودا و عدما فالقاضي مامور بالحكم بما ثبت عنده من الظاهر فلاجل هذا يشترط ثبوته عند الامام بالبينة او الاقرار (لان البينة دليل ظاهر) لان الله تعالى قال فاستشهدوا عليهن اربعة منكم(٢) (و كذا الاقرار) دليل ظاهر (لان الصدق فيه مرجح) على الكذب (لاسيما) اي خصوصا (فيما يتعلق) اي في الشيء الذي يتعلق (بثبوته مضرة) اي ضرر ظاهر متصل ببدن المقر من اجراء الحد عليه (و معرة) اي عار تلحقه بانتسابه الى الزنا و العار اشد من النار. و في ديوان الادب المعرة(٣) المساءة و الاذى

---

(١) ففي حد الزنا صيانة النفس الخ و في الفتح ص٢ ج٥ ثم محاسن الحدود اظهر من ان تذكر ببيان و تكتب ببنان لان الفقيه وغيره يستوي في معرفة انها للامتناع عن الافعال الموجبة للفساد ففي الزنا ضياع الذرية و اماتتها معنى بسبب اشتباه النسب و لايلزم بموت الولد مع ما فيه من تهمة الناس البراء وغيره و لذا ندب عموم الناس الى خضور حده و رجمه و في باقي الحدود زوال العقل و افساد الاعراض و اخذ اموال الناس و قبح هذه الامور مركوز في العقول و لذا لم تبح الاموال و الاعراض و الزنا و السكر في ملة من الملل و ان ابيح الشرب و حين كان فساد هذه الامور عاما كانت الحدود التي هي مانعة منها حقوق الله على الخلوص فان حقوقه تعالى على الخلوص ابدا تفيد مصالح عامة انتهى و في الكفاية فالله تعالى شرع حد الزنا لصيانة فرش المسلمين عن الفساد و شرع حد القذف لصيانة اعراضهم و شرع حد الشرب لصيانة عقولهم و شرع حد السرقة لصيانة اموالهم انتهى.

(٢) اربعة منكم - النساء - ١٥. (٣) المعرة الخ و في اللسان المعرة الامر القبيح المكروه و الاذى و هي مفعلة من العر و العر بفتح العين و ضمها الجرب و قيل بالفتح الجرب و بالضم قروح باعناق الفصلان و له معان آخرى راجع اللسان وغيره.

و الوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر قال فالبينة ان يشهد اربعة من الشهود على رجل او امرأة بالزنا لقوله تعالي فاستشهدوا عليهن اربعة منكم(١) و قال الله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء(٢) و قال عليه الصلوة و السلام للذي قذف امرأته ائت باربعة شهداء يشهدون على صدق مقالتك

مفعلة من العر و هو الجرب و في الصحاح المعرة الاثم و اعلم ان الزنا بمد و قصر(٣) فالقصر لاهل الحجاز و المد لاهل نجد قال الفرزدق و هو ممن يحتج بشعره

ايا حاضر من يزن يعرف زناؤه   و من يشرب الخرطوم يصبح مسكرا

بفتح الكاف من التسكير و هو المخمور. و الخرطوم اسم من اسماء الخمر و النسبة الى المقصور زنوى(٤) و الى الممدود زناءى و الذي يظهر ان معنى الزنا في اللغة البغى و في الشرع(٥) الزنا قضاء المكلف شهوته في قبل امرأة خالية عن الملكين و شبهتهما و شبهة الاشتباه. و تمكين المرأة من ذلك. و اختير لفظ القضاء اشارة الى ان مجرد الايلاج زنا و لهذا يجب فيه الغسل قيد بالمكلف ليخرج الصبي و المجنون و المراد بالملكين ملك النكاح و ملك اليمين و بشبهة النكاح و هي ما اذا وطئ امرأة تزوجها بغير شهود او بغير اذن مولاها و ما اشبهه او بشبهة ملك يمين ما اذا وطئ جارية ابنه او مكاتبه او عبده الماذون و بشبهة الاشتباه ما اذا وطئ الابن جارية ابيه عن ظن انها تحل له (و الوصول الى العلم القطعي) يعني الوصول الى ثبوته بالعلم القطعي (متعذر) لانه امر مبناه على الاخفاء و السفر (فيكتفي بالظاهر) من البينة و الاقرار (قال) اي القدوري رحمه الله تعالى (فالبينة ان يشهد اربعة من الشهود على رجل او امرأة بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم و قال الله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء و قال عليه الصلوة و السلام) اي قال النبي صلى الله عليه وسلم (للذي قذف امرأته ائت باربعة شهداء يشهدون على صدق مقالتك) هذا الحديث(٦) بهذا اللفظ غريب و بمعناه ما رواه ابويعلى الموصلي في مسنده من حديث ابن سيرين عن انس بن مالك رضي الله تعالى عنه قال اول لعان كان في الاسلام ان شريك بن سحماء قذفه هلال بن امية بامرأته فرفعته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له

---

(١) اربعة منكم – النساء – ١٥. (٢) باربعة شهداء – النور – ٤. (٣) بمد و قصر الخ كذا في الشروح الثلاثة و الصحاح ص٢٣٦٨ ج٦ و اللسان ص٣٥٩ ج١٤. (٤) زنوى بكسر الزاي و فتح النون و كسر الواو قوله زناءى بكسر الزاي و الهمزة. (٥) و في الشرع الخ كذا في العناية. (٦) هذا الحديث الخ كذا في نصب الراية ص٣٠٦ ج٣ و فتح القدير ص٥ ج٥ و في هامش نصب الراية قلت بهذا اللفظ عند البخاري في تفسير سورة النور باب قوله تعالى و يدرأ عنها العذاب الخ ص٦٩٥ ج٢ و في اللعان مختصرا باب يبدأ الرجل بالتلاعن ص٧٩٩ ج٢.

ولان في اشتراط الاربعة يتحقق معنى الستر و هو مندوب اليه و الاشاعة ضده

رسول الله صلى الله عليه اربعة شهود و الا فحد في ظهرك فقال يارسول الله ان الله يعلم اني لصادق و لينزلن الله عليك ما يبرئ ظهري من الحد فانزل الله تعالى آية اللعان و لاعن النبي صلى الله عليه وسلم و فرق بينهما و اخرجه البخاري في اللعان(١) عن ابن عباس رضي الله عنهما ان هلال بن امية قذف امرأته بشريك فقال النبي صلى الله عليه وسلم البينة و الا حد في ظهرك (و لان في اشتراط الاربعة) هذا(٢) احتراز عن قول البعض فانهم يقولون انما اشترط الاربع لان الزنا لايتم إلا باثنين و فعل كل واحد لايثبت الا بشهادة شاهدين قال المصنف ليس كذلك بل ان في اشتراط الاربع (يتحقق معنى الستر و هو) اي الستر (مندوب اليه) لما روى الترمذي(٣) من حديث ابي هريرة رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا و الآخرة و الشرط في الاربع من الرجال ان يكونوا احرارا عدولا بالغين فلاتقبل شهادة الرجال النساء و لايقبل فيه كتاب القاضي الى القاضي و لا الشهادة على الشهادة (و الاشاعة) اي اظهار الزنا (ضده) اي ضد الستر فلما كان الستر مندوبا كانت الاشاعة مندوبة و كيف فانه تعالى قال ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين آمنوا

---

(١) في اللعان الخ كذا في نصب الراية ص٣٠٦ ج٣ اقول لكن هذا اللفظ ليس في باب اللعان من البخاري نعم هو موجود في تفسير سورة النور كما مر آنفا في الحاشية و اخرجه البخاري ايضا في الشهادات باب اذا ادعى او قذف الخ ص٣٦٧ ج١ و ابوداود باب اللعان ص٣١٣ ج١ و الترمذي في تفسير سورة النور ص١٤٨ ج٢ و ابن ماجة باب اللعان ص١٥٠. (٢) هذا احتراز الخ كذا في العناية و لفظه فانه ضعيف لان فعل الواحد كما يثبت بشهادة شاهدين يثبت بها فعل الاثنين و انما الصواب ان الله تعالى احب الستر على عباده و شرط زيادة العدد تحقيقا لمعنى الستر و المبسوط للسرخسي كتاب الحدود ص٣٧ ج٩. (٣) الترمذي كتاب الحدود باب ما جاء في الستر على المسلم ص١٧١ ج١ و فيه حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنه مرفوعا من ستر مسلما ستره الله يوم القيامة و عند مسلم حديث ابي هريرة رضي الله تعالى عنه كتاب الذكر باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن ص٣٤٥ ج٢ و نحوه في كتاب البر و الصلة ص٣٢٢ ج٢ و الكبرى للنسائى ص٣٠٨ ج٤ و حديث ابن عمر رضي الله تعالى باب المظالم ص٣٣٠ ج١ و ابوداود كتاب الادب باب في الستر على المسلم عن عقبة بن عامر رضي الله تعالى عنه نحوه ص٣٢٢ ج٢ و كذا عند النسائي في الكبرى كتاب الرجم ص٣٠٧ ج٤ و عن ابن عمر رضي الله تعالى ص٣٢٢ ج٢ باب المواخات و الترمذي ابواب البر باب في الستر على المسلمين عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه ص١٥ ج٢ و ابوداود كتاب الحدود باب الستر على اهل الحدود ص٢٥٣ ج٢ حديث ماعز رضي الله تعالى عنه لو سترته بثوبك كان خيرا لك و ابن ماجة كتاب الحدود باب الستر على المؤمن ص١٥٦ حديث ابي هريرة رضي الله تعالى عنه و حديث ابن عباس رضي الله عنه و التفصيل في نصب الراية ص٣٠٧ ج٣.

فاذا شهدوا يسألهم الامام عن الزنا ما هو و كيف هو

الآية ذم المشيعين - و لهذا لو اختل شيء من شرائط الشهادة بان شهد الاقل من اربعة او شهدوا بالزنا متفرقين في مجالس مختلفة واحد بعد واحد فانهم يحدون حد القذف عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى و في المبسوط(١) اشار عمر رضي الله تعالى عنه الى ان اشتراط الاربع لاجل الستر حتى شهد ابوبكرة رضي الله عنه و شبل بن معبد ونافع بن الازرق على المغيرة بن شعبة رضي الله تعالى عنه بالزنا فقال لزياد و هو الرابع بم تشهد قال رأيت اقداما بادية و انفاسا عالية و امرا منكرا و في رواية قال رأيتهما تحت لحاف واحد ينخفضان و يرتفعان و يضطربان اضطراب الخيزران و في رواية رأيت رجلا اقعى و امرأة صرعى و رجلين مخضوبتين و انسانا يجيء و يذهب و لم ار ما سوى ذلك فقال عمر رضي الله تعالى عنه الله اكبر الحمد لله الذي لم يفضح واحداً من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم(٢) (فاذا شهدوا) اي شهد الشهود بالزنا (يسالهم الامام عن الزنا ماهو) اي عن حقيقة الزنا و ماهيته لانه ما يسأل بكلمة ما الا عن الماهية لان من الناس من يعتقد كل وطى حرام انه زنا كوطى الحائض و النفساء و الامة المجوسية و الامة المشتركة و الامة التي هي اخته من الرضاع فان كل ذلك حرام و ليس بزنا و لان الشرع سمى فعل الحرام فيما دون الفرج زنا مجازا بقوله العينان(٣) تزنيان وزناها النظر و اليدان تزنيان و زناه البطش و الرجلان تزنيان و زناها المشي و الفرج يصدق ذلك او يكذب و الحد لايجب الا بالجماع في الفرج الا ترى انه عليه الصلوة و السلام استفسر ماعزا رضي الله تعالى عنه الا ان ذكر الكاف و النون اراد به قوله نكت لان ذلك صريح في الوطي و الباقي كناية عنه و ايضا يمكن ان يسمى الشهود مقدمات الزنا زنا و يجب الاحتراز عن مثل ذلك (و كيف هو) اي يسألهم ايضا عن كيفية الزنا للاحتراز عن تماس الفرجين من غير ايلاج الا ترى انه عليه الصلوة و السلام استفسر(٤) ماعزا رضي الله تعالى عنه عن كيفية الزنا فقال كالميل في المحلة و الرشاء

---

(١) المبسوط للسرخسي ص٣٧ ج٩ و نبذ منه في فتح القدير ص٧ ج٥. (٢) و سلم و في المبسوط بعده ففي هذا بيان اشتراط الاربعة لابقاء ستر العفة. (٣) العينان الخ اخرج نحوه البخاري عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه في كتاب الاستيذان ص٩٢٢ ج٢ و عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه في كتاب القدر ص٩٧٦ ج٢ و مسلم عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه في كتاب القدر باب قدر على ابن آدم حظه من الزنا ص٣٣٦ ج٢ و ابوداود كتاب النكاح باب ما يؤمر به من غض البصر ص٢٩٩ ج١ و مسند احمد. (٤) استفسر ماعزا رضي الله تعالى عنه اخرج ابوداود في كتاب الحدود و باب في الرجم ص٢٦٠ ج٢ عن ابي هريرة رضي الله تعالى مرفوعا فقال انكتها؟ قال نعم قال حتى غاب ذالك منك في ذالك منها؟ قال نعم كما يغيب المرود في المكحلة و =>

و اين زنى و متى زنى و بمن زنى لان النبي عليه الصلوة و السلام استفسر ماعزاً رضي الله عنه عن الكيفية و عن المزنية و لان الاحتياط في ذالك واجب لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه او زنى في دار الحرب او في المتقادم من الزمان او كانت له شبهة لايعرفها هو و لا الشهود كوطي جارية الابن فيستقصى في ذلك احتيالا للدرء

في البير و قيل للاحتراز عن صورة الاكراه لان وطي المكره لايوجب الحد (و اين زنى) اي يسألهم عن المكان بقوله اين زنى فانه احتراز عن الزنا في دار الحرب لان المسلم اذا زنى في دار الحرب ثم خرج الينا لايحد لانه لم يكن للامام يد عليه عند وجوب الحد. (و متى زنى) اي يسألهم عن الزمان بقوله متى زنى فانه احتراز عن زنا متقادم و الشهود اذا شهدوا بذلك لاتقبل و احتراز ايضا عن وطي الصبي و المجنون. لان فعلهما لايوصف بالحرمة (و بمن زنى) اي يسألهم بمن زنا يعني المزنية من هي فانه احتراز عن الوطئ الواقع في محل يكون الوطي فيه بشبهة لايعرفها الواطي و لا الشهود كجارية الابن و يجوز ان يكون الموطوئة امرأة الواطي او جاريته و لايعلمها الشهود (لان النبي صلى الله عليه وسلم استفسر ماعزاً رضي الله تعالى عنه عن الكيفية و عن المزنية) هذا اخرجه ابوداؤد (١) و عن يزيد بن نعيم عن ابيه نعيم بن هزال رضي الله تعالى قال كان ماعز بن مالك رضي الله تعالى يتيما في حجر ابى فاصاب جارية من الحى فقال له ابى ائت رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبره بما صنعت لعله يستغفرلك قال فاتاه فقال يا رسول الله اني زنيت فاقم علي كتاب الله فاعرض عنه فعاد حتى قالها اربع مرات فقال عليه الصلوة و السلام انك قد قلتها اربع مرات فبمن قال بفلانة قال هل صاجعتها قال نعم قال هل باشرتها قال نعم. قال هل جامعتها قال نعم فامر به ان يرجم الحديث (و لان الاحتياط في ذلك واجب) اي في الاستفسار (لانه) اي لان المشهود عليه بالزنا (عساه غير الفعل في الفرج عناه) اي قصده و لايكون ماهية الزنا و لا كيفيته موجودة (او زنى في دار الحرب) اي او يكون المشهود عليه زنى في دار الحرب (او في المتقادم من الزمان) اي او يكون زنى في الزمن المتقادم (او كانت له شبهة لايعرفها هو) اي المشهود عليه (و لا الشهود) اي و لايعرفها الشهود (كوطئ جارية الابن فيستقصى) اي الامام و ضبطه الكاكي على صيغة المجهول (في ذلك) اي فيما ذكر من الاشياء و قد ذكرناها جميعاً (احتيالا للدرء) اي لاجل الحيلة لدرء الحد لما روى الترمذي(٢) من حديث

=>الرشاء في البير؟ قال نعم الخ و النسائي في الكبرى كتاب الرجم ص٢٧٦ ج٤ و مصنف عبدالرزاق و نصب الراية ص٣٠٨ ج٣ و فتح القدير ص٦ ج٥. (١) ابوداود باب في الرجم ص٢٥٨ ج٢. (٢) الترمذي باب ما جاء في درء الحدود ص١١٧ ج١ و لفظ الترمذي ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم و قال الزيلعي في نصب =>

فاذا بينوا ذلك و قالوا رأيناه وطيئها في فرجها كالميل في المكحلة و سأل القاضي عنهم فعدلوا في السر و العلانية حكم بشهادتهم و لم يكتف بظاهر العدالة في الحدود احتيالا للدرء قال عليه الصلوة و السلام ادرؤ الحدوذ ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و تعديل السر و العلانية نبينه في الشهادات ان شاء الله تعالى

عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلي الله عليه وسلم ادرؤا الحدود ما استطعتم (فاذا بينوا ذلك) اي فاذا بين الشهود الزنا بما ذكر من الامور (و قالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة) بضمتين وعاء الكحل (و سأل القاضي عنهم) اي عن الشهود (فعدلوا) عن صيغة المجهول (في السر و العلانية) صورة التعديل(١) في السر ان يبعث القاضي باسماء الشهود الى العدل بكتاب فيه اسماؤهم و انسابهم و محالهم و سوقهم حتى يعرف العدل ذلك فيكتب تحت اسم من كان عدلا عدل جائز الشهادة و من لم يكن عدلا فلايكتب تحت اسمه شيئا او يكتب الله يعلم و صورة التعديل في العلانية ان يجمع بين العدل و الشاهد فيقول العدل هذا هو الذي عدلته و سيجئ في كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى (حكم بشهادتهم) جواب قوله فاذا بينوا بالرجم ان كان الرجم موجب الزنا و بالجلد ان كان موجبه الجلد هذا اذا لم يعرف القاضي عدالة الشهود اما اذا عرفها فحكم بلاتعديل (و لم يكتف) على صيغة المعلوم اي لم يكتف القاضي و قال الكاكي و ابوحنيفة رحمه الله تعالى لم يكتف بسوق الكلام اليه (بظاهر العدالة في الحدود احتيالا للدرء) اي الدفع (قال عليه الصلوة و السلام) اي قال النبي صلي الله عليه وسلم (ادرؤا الحدود ما استطعتم) و قد ذكرنا(٢) الحديث عن قريب (بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) حيث يكتفى فيها بظاهر العدالة لقوله عليه الصلوة و السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا اذا طعن الخصم فحينئذ يسأل القاضي عن الشهود عنده ايضا (و تعديل السر و العلانية نبينه في الشهادات ان شاء الله تعالى) اي بيان صورتها نذكره في باب

=> الراية ص٣٠٩ ج٣ قال عليه الصلوة و السلام ادرءوا الحدود قلت روى من حديث عائشة رضي الله تعاى عنها و من حديث علي رضي الله تعالى عنه و من حديث ابي هريرة رضي الله تعالى عنه ثم ذكر هذه الاحاديث مع الاسانيد مفصلا كما هو دابه فحديث عائشة رضي الله تعالى عنها عند الترمذي و الحاكم في المستدرك كتاب الحدود ص٣٨٤ ج٤ و الدارقطني كتاب الحدود ص٨٤ ج٣ و حديث على رضي الله عنه عند الدار قطنى ص٨٤ ج٣ و حديث ابي هريرة رضي الله تعالى عنه عند ابي يعلى في مسنده و رواه ابن ماجة ايضا في الحدود باب الستر على المؤمن ص١٨٦ و راجع لهذا الحديث فتح القدير ص٧ ج٥ و التلخيص ص٥٦ ج٤ حديث ١٧٥٥ و فتح القدير ص٧ ج٥. (١) صورة التعديل الخ كذا في فتح القدير ص٧ ج٥. (٢) و قد ذكرنا الحديث و قد =>

قال في الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية و قد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لايحبس

الشهادات و قد ذكرناه آنفا (قال في الاصل) اي قال محمد في المبسوط (يحبسه) اي يحبس القاضي المشهود عليه بالزنا بعد وصف الشهود الاشياء المذكورة (حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية) اي لاجل كون المشهود عليه متهما بالجناية فلذلك يحبسه خوفا من هربه فلايظفر بعد ذلك و لاياخذ الكفيل منه لان في اخذه نوع احتياط فلايكون مشروعا فيما يندرئ بالشبهات فان قيل(١) الاحتياط في الحبس اظهر قلنا حبسه للتعزير لانه صار متهما بارتكاب الفاحشة و اشار اليه المصنف رحمه الله تعالى بقوله للاتهام بالجناية (و قد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة) هذا روى عن جماعة(٢) من الصحابة رضي الله تعالى عنهم عن معاوية بن حيدة رضي الله تعالى عنه اخرج حديثه ابوداود(٣) و الترمذي و النسائى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمته و زاد الترمذي و النسائي ثم خلى سبيله و قال الترمذي حديث حسن و رواه الحاكم في المستدرك و صححه و عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه اخرج حديثه الحاكم(٤) في المستدرك و البزار و ابويعلى في مسنديهما ان النبي صلي الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمته يوما و ليلة استظهارا او احتياطا و في سنده ابراهيم بن خيثم فقال الذهبي متروك(٥) و عن انس رضي الله تعالى عنه اخرج حديثه ابن عدي و العقيلي في كتابيهما ان النبي صلي الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة في سنده ابراهيم بن زكر الواسطي قال العقيلي مجهول و حديثه خطأ و قال ابن عدى هذا باطل و عن انس(٦) رضي الله تعالى عنه اخرج حديثه الطبراني في الاوسط ان النبي صلى الله عليه وسلم حبس في تهمة (بخلاف الديون حيث لايحبس

=> ذكر تخريجه آنفا في الحاشية. (١) فان قيل الخ كذا في الفتح و العناية. (٢) عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم قال الزيلعي في نصب الراية ص٣١٠ ج٣ روى (هذا الحديث) عن معاوية بن حيدة و ابي هريرة و انس و نبيشة رضي الله تعالى عنهم ثم ذكر احاديثهم بالبسط حسب معموله و راجع فتح القدير ص٨ ج٥. (٣) ابوداود -القضاء- باب في الدين هل يحبس به ص١٥٥ ج٢ و الترمذي الديات باب ماجاء في الحبس في التهمة ص١٧٠ج١ والنسائى السرقة باب امتحان السارق بالضرب و الحبس ص٢٥٤ج٢ والحاكم في المستدرك ص١٠٢ج٤ باب حبس الرجل في التهمة احتياطا. (٤) الحاكم ص١٠٢ج٤. (٥) متروك و قال الترمذي في علله الكبير كان ابراهيم بن خيثم كالمجنون يلعب به الصبيان و ضعفه جدا نصب الراية ص٣١١ ج٣. (٦) عن انس رضي الله تعالى عنه الخ و ذكر الزيلعي رحمه الله تعالى في الباب حديث عراك بن مالك عند عبدالرزاق و حديث ازهر بن عبدالله رضي الله عنه عند ابي داود في السرقة باب في الامتحان بالضرب ص٢٥٤ ج٢.

فيها قبل ظهور العدالة و سيأتيك الفرق انشاء الله تعالى قال و الاقرار ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات في اربعة مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي فاشتراط البلوغ و العقل لان قول الصبي و المجنون غير معتبر او هو غير موجب للحد و اشتراط الاربع مذهبنا و عند الشافعي يكتفي بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق و هذا لانه مظهر و تكرار الاقرار لايفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة و لنا حديث ماعز رضي الله عنه

فيها قبل ظهور العدالة) لان اخذ الكفيل فيها مشروع فلايفوت الحق فلاحاجة الى الحبس قبل عدالة الشهود (و سيأتيك الفرق ان شاء الله تعالى) اي الفرق بينه و بين الديون و قال الاترازي هذه حوالة غير رابحة و نحن بيناه قلت اراد به ما ذكرناه الآن لان اخذ الكفيل فيها مشروع الى آخره (قال) اي القدوري (و الاقرار ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات في اربعة مجالس) مختلفة (من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي) هذا كله كلام القدوري نقله المصنف رحمه الله تعالى ثم شرحه. (و اشتراط البلوغ و العقل لان قول الصبي و المجنون غير معتبر او هو غير موجب للحد و اشتراط الاربع) يعني في الاقرار (مذهبنا) و به قال ابوحنيفة و احمد(١) رحمهما الله تعالى (و عند الشافعي رحمه الله تعالى يكتفي بالاقرار مرة واحدة) و به قال الامام مالك رحمه الله تعالى (اعتباراً بسائر الحقوق) يعني في سائر الحقوق العدد يعتبر في الشهادة دون الاقرار فكذلك هنا (و هذا) اي الاعتبار بسائر الحقوق (لانه) اي لان الاقرار (مظهر) حقيقة الامر حجة بنفسه فلايشترط التكرار كما في سائر الحقوق (و تكرار الاقرار لايفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة) لان الشاهد الثاني يفيد طمانية القلب زيادة على ما افاده الاول (و لنا حديث ماعز رضي الله تعالى) حديث ماعز بن مالك رضي الله تعالى مشهور رواه البخاري(٢) و مسلم عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه قال ان رجلا من المسلمين جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم و هو في المسجد فناداه فقال يارسول الله اني زنيت فاعرض عنه حتى ثنى ذلك اربع مرات فلما شهد على نفسه اربع مرات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال

---

(١) و به قال ابوحنيفة و احمد رحمهما الله تعالى الخ راجع لهذا المبحث فتح القدير ص٨ ج٥ و اعلاء السنن كتاب الحدود باب ان الاقرار ان يقر المقر على نفسه الخ ص٥٣٧ ج١١ و الاوجز باب في الرجم ص٨ ج٦ و المغنى ص١٦٥ ج١٠. (٢) البخاري - كتاب المحاربين باب سوال الامام المقر ص١٠٠٨ ج٢ و مسلم باب حد الزنا ص٦٦ ج٢ والتفصيل في نصب الراية ص٣١٢ ج٣ و الفتح ص٩ ج٥ و التلخيص ص٥٦ ج٤.

فانه عليه الصلوة و السلام اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربع مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت الوجوب و لان الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد. فكذا الاقرار اعظاماً

ابك جنون قال لا قال فهل احصنت قال نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذهبوا به فارجموه فرجمناه بالمصلى فلما اذلقته الحجارة هرب و ادركناه بالجمر فرجمناه و روى حديث ماعز رضي الله تعالى عنه ايضا مسلم(١) عن جابر بن سمرة رضي الله تعالى عنه و رواه ايضا عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما و عن بريدة رضي الله تعالى عنه ايضا في الكل الاقرار باربع مرات (فانه عليه الصلوة و السلام) اي فان النبي صلى الله عليه وسلم (اخر الاقامة) اي اقامة الحد (الى ان تم الاقرار منه) اي من ماعز رضي الله تعالى عنه (اربع مرات في اربع مجالس فلو ظهر دونها) اي فلو ظهر اقراره موجبا للحد دون الاربع اي اربع مرات (لما اخرها) اي لما اخر اقامة الحد (لثبوت الوجوب) حاصل المعنى لو كان الاقرار مرة واحدة كافيا لم يؤخر لان اقامة الحد عند ظهوره واجبة و تاخير الواجب لايظن برسول الله صلى الله عليه وسلم فان قال(٢) قائل اذا لم يثبت الحد باقراره مرة واحدة فقد اعترف بوطئ لايوجب الحد فيجب المهر و اذا وجب المهر لايجب الحد من بعد لان المهر و الحد لايجتمعان في وطي واحد اجيب بان الاقرار اربع مرات لما اعتبر حجة لاثبات الزنا لم يتعلق وجوب المهر بالاقرار مرة واحدة و انما الحكم موقوف فان تمت الحجة وجب الحد و ان لم تتم وجب المهر. فان قيل(٣) انما اعرض النبي صلى الله عليه وسلم لانه استراب في عقله فقد جاء اشعث اغبر متغير اللون الا انه لما اصر على الاقرار و دام على نهج العقلاء قبله بعد ذلك ثم ازال الشبهة بالسوال فقال ابك جنون اجيب اما تغير الحال فدليل التوبة و الخوف من الله عزوجل لا دليل الجنون. و انما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ابك جنون تلقينا لما يدرأ به كما قال لعلك وطئتها ليرجع عن الزنا الى الوطئ بشبهة فيسقط الحد عنه و كما قال للسارق اسرقت ما اخاله سرق (و لان الشهادة) دليل معقول يتضمن الجواب عن اعتبار الشافعي رحمه الله تعالى بسائر الحقوق و تقريره. لان الشهادة (اختصت فيه) اي في الزنا (بزيادة العدد) لاجل التغليظ و لم يختص سائر الحقوق بذلك (فكذا الاقرار) اشترط اربع مرات، لان احدى الحجتين لما اختصت بزيادة ليست في سائر لحقوق، فكذلك في الحجة الاخرى (اعظاماً

---

(١) مسلم عن جابر ص٦٦ ج٢ و عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه ص٦٧ ج٢ و عن بريدة رضي الله تعالى عنه ص٦٨ ج٢ و التفصيل في نصب الراية مع الحاشية ص٣١٢ ج٣. (٢) فاان قال الخ كذا في العناية. (٣) فان قيل انما اعرض الخ كذا في العنابة و الكفاية.

لامر الزنا و تحقيقا لمعنى الستر و لابد من اختلاف المجالس لما روينا، و لان لاتحاد المجلس اثراً في جمع المتفرقات فعنده(١) يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار و الاقرار قائم بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه دون مجلس القاضي. فالاختلاف(٢) بان يرده القاضي كلما اقر فيذهب حيث لايراه ثم يجيء فيقر هو المروي عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى لانه عليه الصلوة و السلام طرد ماعزاً رضي الله تعالى عنه في كل مرة حتى تواري بحيطان المدينة.

قال، فاذا تم اقراره اربع مرات

لأمر الزنا و تحقيقا لمعنى الستر) اي لاجل تعظيم امر الزنا و تحقيق معنى الستر، لان الستر مندوب فيه كما ذكرنا (و لابد من اختلاف المجالس) اي في الاقرار خلافاً لاحمد و ابن ابي ليلى رحمهما الله تعالى (لما روينا) اشار الى قوله لانه عليه الصلوة و السلام اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربع مجالس (و لان لاتحاد المجلس اثراً في جمع المتفرقات) كما في المسجد (فعند ذلك) اي عند اتحاد المجلس (يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار) الا ترى الي ما قال في حديث ماعز رضي الله عنه، من اقراره خمس مرات و كان منها مرتان في جهة واحدة. فلم يعتبر ذلك و لم يذهب اليه احد من المجتهدين رحمهم الله تعالى (و الاقرار قائم بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه) اي مجلس المقر في وجوب الحد (دون مجلس القاضي) و في بعض النسخ فيعتبر اتحاد مجلسه اي يعتبر اتحاد مجلس المقر في عدم وجوب الحد، لا مجلس القاضي (و الاختلاف) اي اختلاف مجلس بان يرده القاضي في كل مرة بان يقول ابك جنون و لعلك قبلتها او لمستها و قال بعضهم يعتبر اختلاف مجلس القاضي، و الصحيح الاول، كذا في شرح الطحاوي و فسر المصنف رحمه الله تعالى الاختلاف بقوله (بان يرده القاضي كلما اقر فيذهب حيث لايراه ثم يجيء فيقر، هو المروي عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى لان النبي صلى الله عليه وسلم طرد ماعزاً في كل مرة حتى تواري) اي استتر (بحيطان المدينة) هذا الحديث(٣) بهذا للفظ غريب و بمعناه، ما رواه ابن حبان في صحيحه من حديث ابي هريرة رضي الله تعالى عنه قال جاء ماعز بن مالك رضي الله عنه الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال، ان العبد زنى فقال له ويلك و ما يدريك ما الزنا؟ فأمر به فطرد و أخرج، ثم اتاه الثانية فقال مثل ذلك فامر به فطرد و اخرج ثم اتاه الثالثة فقال له مثل ذلك، فامر به فطرد و أخرج ثم اتاه الرابعة فقال له مثل ذلك قال ادخلت و اخرجت؟ قال نعم فامر به ان يرجم... الحديث. (قال) اي القدوري في مختصره (فاذا تم اقراره اربع مرات

---

(١) فعنده – ن – فعند ذلك. (٢) فالاختلاف – ن – و الاختلاف. (٣) هذا الحديث الخ كذا في الفتح ص٩ ج٥ و نصب االراية ص٣١٦ ج٣ و الاحاديث المتعلقة بهذه المسئلة مفصلة في الزيلعي و الفتح.

ساله عن الزنا ما هو و كيف هو و أين زنى و بمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد، لتمام الحجة و معنى السؤال عن هذه الاشياء بيناه، في الشهادة. و لم يذكر السؤال فيه عن الزمان و ذكره في الشهادة، لان تقادم العهد، يمنع الشهادة دون الاقرار و قيل لو سأله جاز لجواز أنه زنى في صباه، فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه و خلى سبيله، و قال الشافعي رحمه الله تعالى و هو قول ابن ابي ليلى. يقيم عليه الحد.

سأله عن الزنا ما هو و كيف هو و أين زنى و بمن زنى، فاذا بين ذلك لزمه الحد) هذا كله لفظ القدوري و قال المصنف عقبه (لتمام الحجة) اي لتمام الدليل الموجب لاقامة الحد (و معنى السؤال عن هذه الاشياء) اي عن ماهية الزنا و كيفيته و مكانه و عن المزنية (بيناه في الشهادة) على الزنا، و هو تحقق ما يجب به الحد (و لم يذكر) اي القدوري (السوال فيه) اي في الاقرار (عن الزمان) اي عن زمان الزنا (و ذكره) اي و الحال انه ذكره، اي ذكر السؤال عن الزمان (في الشهادة) على الزنا بان يقول متى زنيت (لان تقادم العهد) اي الزمان (يمنع) قبول (الشهادة) لتهمة الحقد و المرء لايتهم على نفسه، فيقبل اقراره و ان تقادم العهد و هو معنى قوله (دون الاقرار و قيل لو سأله جاز) اي لو سأله الزمان جاز، قالوا في الفتاوى و يجوز ان يسأل الزمان في الاقرار ايضا. (لجواز انه زنى في صباه) اي في حالة الصغر (فان رجع المقر) اي المقر بالزنا اذا رجع (عن اقراره قبل اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه و خلى سبيله، و قال الشافعي رحمه الله تعالى و هو قول ابن ابي ليلى يقيم الحد عليه) يعني لايقبل رجوعه بعد الاقرار، و يلزمه الحد. و اسم ابن ابي ليلى(١) محمد بن عبد الرحمن بن ابي ليلى رحمه الله تعالى قاضي الكوفة، و اسم ابي ليلى رحمه الله تعالى يسار خلاف اليمين و قال الكاكي رحمه الله تعالى كذا وقع في نسخ اصحابنا يعني ذكر خلاف الشافعي رحمه الله تعالى هنا، و لكن صرح(٢) في

---

(١) ابن ابى ليلى الخ قال مولانا عبد الحى رحمه الله تعالى في مقدمة الهداية (الاخيرين) ص٧ هو محمد بن عبدالرحمن بن ابي ليلى الانصاري قاضي الكوفة اقام حاكما ثلاثا و ثلثين سنة ولى لبني امية ثم لبني العباس كان فقيها بل افقه كذا قال الامام اليافعي ولد سنة اربع و سبعين من الهجرة و مات سنة ثمان و اربعين و مائة كذا قال العيني رحمه الله تعالى انتهى. (٢) و لكن صرح الخ كذا في فتح القدير ص١٢ ج٥ و في المغني لابن قدامة رحمه الله تعالى ص١٧٣ ج١٠ ان من شر اقامة الحد بالاقرار البقاء عليه الى تمام الحد فان رجع عن اقراره او هرب كف عنه و بهذا قال عطاء و يحيى بن يعمر و الزهري و حماد و مالك و الثوري و الشافعي و اسحاق و ابوحنيفة و ابويوسف و قال الحسن و سعيد بن جبير و ابن ابى ليلى يقام عليه الحد و لايترك الخ و قال النووي في شرح المسلم باب حد الزنا ص٦٦ ج٢ اختلف العلماء في المحصن اذا اقر بالزنا فشرعوا في رجمه ثم هرب هل =>

لانه وجب الحد باقراره فلايبطل برجوعه و انكاره كما اذا وجب بالشهادة و صار كالقصاص و حد القذف و لنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار. و ليس احد يكذبه فيه فيتحقق الشبهة في الاقرار. بخلاف ما فيه حق العبد و هو القصاص. و حد القذف لوجود من يكذبه. و لا كذلك ما هو خالص حق الشرع. و يستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع فيقول له: لعلك لمست او قبلت لقوله عليه الصلوة و السلام

كتب اصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى انه لو اقر على نفسه بالزنا، ثم رجع، يسقط عنه الحد، و كذا لو رجع بعد ما اقيم الحد، يترك الباقي و عن احمد رحمه الله تعالى مثل قولنا و عن الامام مالك في قبول الرجوع روايتان، و قال الكاكي ايضا ثم اختلاف المجلس في الشهادة يمنع قبول الشهادة في الزنا و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى و الاوزاعي و الحسن بن صالح رحمهما الله تعالى حتى اذا شهدوا بالزنا متفرقين يحدون حد القذف قال الشافعي(١) و عثمان البتي رحمهما الله تعالى لايحدون حد القذف، اذا كان الزنا واحدا فلايشترط اتحاد المجلس، وحد اتحاده، مادام الحاكم جالساً لان النص شرط الاربع مطلقاً فلايقيد باتحاد المجلس كسائر الشهادات و لنا قول عمر رضي الله تعالى عنه لو جاؤوا مثل ربيعة و مضر فرادى لجلدتهم، و لو كان الزوج احدهم يقبل عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى هو يقول فيه تهمة و نحن نقول انه يعتبر بزنا امرأته فكان ابعد عن التهمة كشهادة الوالد على الولد (لانه وجب الحد باقراره فلايبطل برجوعه و انكاره كما اذا وجب) اي الحد (بالشهادة و صار كالقصاص و حد القذف) اي صار حكم هذا كحكم من يرجع في القصاص و حد القذف اذا ثبتا بالاقرار حيث لايقبلان الرجوع (و لنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار و ليس احد يكذبه فيه) اي في الرجوع (فيتحقق الشبهة في الاقرار) فتعارض الرجوع مع الاقرار يسقط الحد، لان الحدود تندرئ بالشبهات (بخلاف ما فيه حق العبد و هو القصاص و حد القذف لوجود من يكذبه) و هو الخصم (و لا كذلك ما هو خالص حق الشرع) فان احداً لايكذبه فصح الرجوع فيه، لكن اذا اقر بالسرقة ثم رجع صح رجوعه، في حق القطع، و لايصح في حق المال، كذا في شرح الطحاوي. (و يستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلى الله عليه

=> يترك ام يتبع ليقام عليه الحد فقال الشافعي و احمد رحمهما الله و غيرهما يترك و لايتبع و قال مالك رحمه الله تعالى في رواية وغيره انه يتبع و يرجم الخ باختصار ما. (١) الشافعي رحمه الله تعالى كذا في المغنى ص١٧٨ ج١٠ و احكام القرآن للجصاص ص٢٨١ ج٣.

لماعز رضي الله تعالى عنه لعلك لمستها او قبلتها و قال في الاصل و ينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة، و هذا قريب من الاول في المعنى.

فصل في كيفية الحد و اقامته

و اذا وجب الحد و كان الزاني محصناً رجمه بالحجارة حتى يموت،

وسلم (لماعز رضي الله تعالى عنه لعلك لمستها او قبلتها) هذا كلام القدوري في مختصره و روى(١) هذا الحديث بهذا اللفظ الحاكم في المستدرك عن حفص بن عمر العدني، حدثنا الحكم بن ابان عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما ان ماعزا رضي الله تعالى عنه اتى الى رجل من المسلمين فقال له اني اصبت فاحشة فما تأمرني فقال له اذهب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليستغفر لك، فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فاخبره، فقال له لعلك قبلتها؟ قال لا، قال فمسستها؟ قال لا، فقال ففعلت بها كذا او لم تكن، قال نعم، قال اذهبوا به فارجموه، و سكت الحاكم عنه و تعقبه الذهبي رحمه الله تعالى في مختصره فقال و حفص بن عمر العدني ضعفوه، الحديث عند البخاري بلفظ لعلك قبلت او غمزت او نظرت، قال لا، قال افنكتها، قال نعم، فعند ذلك امر برجمه، و عند احمد رحمه الله تعالى في مسنده لعلك قبلت او لمست او نظرت. (و قال في الاصل) اي في المبسوط (و ينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة) قال في المبسوط يرد الامام المعترف بالزنا في المرة الاولى و الثانية و الثالثة، فان عاد الرابعة فاقر عنده بها سأله عن الزنا ما هو و كيف هو فاذا وصفه و اثبته قال له لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة (و هذا) اي المذكور في الاصل (قريب من الاول في المعنى) اي قريب(٢) بما قاله القدوري رحمه الله تعالى لان في كل منهما تلقين الرجوع للمقر، حتى لو قال المقر نعم سقط الحد.

(فصل في كيفية الحد و اقامته)

اي هذا فصل في بيان كيفية الحد. و الكيفية ما يقال به للشيء كيف هذا، و كيف كلمة موضوعة للسؤال عن الحال، قوله و اقامته، اي و في بيان كيفية اقامة الحد، و ذكر هذا الفصل بعد وجوب الحد، لما ان اقامته و كيفيته على نفس مرتبة الحد في الوجود (و اذا وجب الحد و كان الزاني) اي و الحال انه قد كان الزاني (محصناً رجمه بالحجارة حتى يموت) اي الامام او القاضي و المحصن من احصن الرجل فهو محصن بفتح الصاد، و هذا(٣) احد ما جاء على أفعل، فهو

---

(١) و روى هذا الحديث الخ كذا في نصب الراية ص٣١٦ ج٣. (٢) قريب الخ و في الكفاية اي قوله لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة قريب من قوله لعلك مسستها او قبلتها في المعنى من حيث ان كل واحد منهما تلقين للرجوع لما ان في كل واحد منهما لو قال نعم يسقط الحد و الله تعالى اعلم. (٣) و هذا احد الخ كذا في فتح =>

لانه عليه الصلوة و السلام رجم ماعزاً و قد احصن. و قال في الحديث المعروف و زنا بعد الاحصان،

مفعل، و امرأة محصنة اي متزوجة، و ليس في كلامهم افعل، فهو مفعل الا ثلاثة احرف احدها هذا، و يقال اسهب من لدغ الحية، اي ذهب عقله و هو مسهب. قال المراجم فمات عطشان و عاش مسهبا و يقال الفج الرجل فهو ملفج اذا رق حاله (لانه عليه الصلوة و السلام) اي لان النبي صلى الله عليه وسلم (رجم ماعزاً رضي الله عنه و قد احصن) على صيغة المجهول، اي و الحال انه كان محصنا و قد مضى الحديث(١) من رواية البخاري و مسلم عن ابي هريرة رضي الله عنه انه عليه الصلوة و السلام قال له احصنت قال نعم، فقال عليه الصلوة و السلام اذهبوا به فارجموه (و قال في الحديث المعروف و زنا بعد احصان)(٢) هذا مروي من حديث عثمان رضي الله تعالى اخرجه الترمذي(٣) و النسائي و ابن ماجة عن حماد بن زيد عن يحيى بن سعيد عن اسعد بن سهل عن ابي امامة الانصاري عن عثمان رضي الله عنه انه اشرف عليهم يوم الدار، فقال انشدكم الله، اتعلمون ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لايحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث زنا بعد احصان، و ارتداد بعد اسلام و قتل نفس بغير حق، قالوا اللهم نعم، قال فعلام تقتلوني الحديث و قال الترمذي حديث حسن، و روي من حديث عائشة رضي الله عنها اخرجه ابوداود(٤) في سننة عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لايحل دم امرئ

=> القدير ص١٣ ج٥ و في اللسان مادة سهب و مما جاء فيه افعل فهو مفعل (بفتح العين) اسهب فهو مسهب (بضم الميم و فتح الهاء) و الفج فهو ملفج اذا افلس و احصن فهو محصن - اسهب فهو مسهب اذا امعن في الشيء و اطال و رجل مسهب ذاهب العقل من لدغ حية او عقرب انتهى ملخصا و في الفتح و الفج بالفاء والجيم افتقر فهو ملفج الفاعل و المفعول سيان يقال بكسرها ايضا اذا افلس و عليه دين و نحوه في عمدة القاري باب رجم المحصن ص٣٩٠ ج٢٣ و اطال البحث في مسئلة الاحصان شيخ الحديث في الاوجز ص٢٢ ج٦. (١) مضى الحديث اي قريبا ص٣٢٥ ج٨. (٢) زنا بعد احصان الخ قال الزيلعي في نصب الراية ص٣١٧ ج٣ روى من حديث عثمان رضي الله تعالى عنه و من حديث عائشة رضي الله تعالى عنها و من حديث ابي هريرة رضي الله تعالى عنه ثم ذكر هذه الاحاديث بالاسانيد مبسوطا و مفصلا كما هو دابه لكنه ما ذكر حديث ابي هريرة رضي الله تعالى عنه. (٣) الترمذي الفتن باب ما جاء لايحل دم امرئ مسلم الخ ص٣٨ ج٢ و النسائى كتاب المحاربة باب ذكر ما يحل به دم المسلم ص١٦٥ ج٢ و ابن ماجة كتاب الحدود باب لايحل دم امرئ مسلم الخ ص١٨٥. (٤) ابوداود في اوائل الحدود ص٢٥٠ ج٢ و في نصب الراية ص٣١٨ ج٣ حديث آخر مرسل اخرجه البخاري القسامة ص١٠١٨ ج٢ قال ابوقلابة و الله ما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم احدا قط الا في احدى =>

و على هذا اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم

مسلم الا باحدى ثلاث، رجل زنى بعد احصان فانه يرجم، و رجل خرج محاربا لله و لرسوله فانه يقتل او يصلب او ينفي من الارض، و رجل قتل نفساً فانه يقتل بها (و على هذا اجماع الصحابة) اي على وجوب رجم المحصن اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم اجمعين و روى الترمذي(١) باسناده عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال رجم رسول الله

==> ثلاث خصال (و فيه) او رجل زنى بعد احصان الحديث ثم قال الزيلعي و معنى الحديث في الكتب الستة عن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لايحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث الثيب الزاني و النفس بالنفس و التارك لدينه المفارق للجماعة و قال محشيه - عند البخاري كتاب الديات باب قول الله ان النفس بالنفس ص١٠١٦ ج٢ و مسلم القصاص باب ما يباح به دم المسلم ص٥٩ ج٢ و ابوداود اوائل الحدود ص٢٥٠ ج٢ و الترمذي - الديات - باب ما جاء لايحل دم امرأى مسلم الا باحدى ثلاث ص١٦٨ ج١ و النسائي كتاب المحاربة ص١٦٥ ج٢ و ابن ماجة في اول الحدود ص١٨٥ انتهى بزيادة و نبذ منه في فتح القدير ص١٣ ج٥. (١) الترمذي - الحدود - باب ما جاء في تحقيق الرجم ص١٧٢ ج١ و قال الترمذي حديث عمر حديث حسن صحيح و قد روى من غير وجه عن عمر رضي الله تعالى عنه و الموطا للامام مالك رحمه الله تعالى ما جاء في الرجم ص٦٨٦ و الموطا للامام محمد باب الرجم ص٣٠٧ و في نصب الراية ص٣١٨ ج٣ روى البخاري (كتاب المحاربين باب رجم الحبلى من الزنا ص١٠٠٩ ج٢) و مسلم (باب حد الزنا ص٦٥ ج٢) عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه ان عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه خطب فقال ان الله بعث محمدا بالحق و انزل عليه الكتاب فكان فيما انزل عليه آية الرجم فقرأناها و وعيناها و رجم رسول الله صلى الله عليه وسلم و رجمنا من بعده و اني خشيت ان طال بالناس الزمان ان يقول قائل ما نجد آية الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة انزلها الله فالرجم حق على من زنى من الرجال و النساء اذا كان محصنا ان قامت البينة او كان حمل او اعتراف و ايم الله لو لا ان يقول الناس زاد عمر في كتاب الله عزوجل لكتبتها و راجع احكام القرآن للجصاص ص٢٦٣ ج٣ قال المحدث العثماني رحمه الله تعالى في اعلاء السنن ص٥٤٤ ج١١ قال الموفق في المغنى الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة احدها في وجوب الرجم على الزاني المحصن، رجلا كان او امرأة، و هذا قول عامة اهل العلم من الصحابة و التابعين و من بعدهم من علماء الامصار في جميع الاعصار، و لا نعلم فيه مخالفا الا الخوارج، فانهم قالوا: الجلد للبكر و الثيب، لقول الله تعالى "الزانية و الزاني فاجلدوا كل واحد منهما مأة جلدة" و قالوا لا يجوز ترك كتاب الله الثابت بطريق القطع و اليقين لاخبار احاد يجوز الكذب فيها، و لان هذا يفضي الى نسخ الكتاب بالسنة و هو غير جائز.

الرد على الخوارج في انكارهم الرجم

و لنا انه قد ثبت الرجم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله .... و فعله في اخبار تشبه المتواتر،

صلى الله عليه وسلم و رجم ابوبكر، و رجمت، و لو لا انى اكره ان ازيد في كتاب الله لكتبته في

و اجمع عليه اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما سنذكره في اثناء الباب في مواضعه ان شاء الله تعالى و قال المحقق في الفتح و انكارهم الرجم باطل، لانهم ان انكروا حجية اجماع الصحابة فجهل مركب بالدليل بل هو اجماع قطعي، و ان انكروا وقوعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم لانكارهم حجية خبر الواحد فهو بعد بطلانه بالدليل ليس مما نحن فيه، لان ثبوت الرجم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم متواتر المعنى كشجاعة علي، و جود حاتم، و عدل عمر، و الآحاد في تفاصيل صوره، اما اصل الرجم فلاشك فيه، و لقد كوشف بهم عمر و كاشف بهم، حيث قال - خشيت ان يطول بالناس زمان حتى يقول قائل، لانجد الرجم في كتاب الله الخ (٥ : ١٣) و قد انزله الله في كتابه، و انما نسخ رسمه دون حكمه، فروى عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه انه قال: ان الله تعالى بعث محمداً بالحق، و انزل عليه الكتاب، فكان مما انزل عليه أية الرجم فقرأتها، و عقلتها، و وعيتها، و رجم رسول الله صلى الله عليه وسلم و رجمنا بعده، فاخشى ان طال بالناس زمان ان يقول قائل ما نجد الرجم في كتاب الله، فيضلوا بترك فريضة انزلها الله تعالى فالرجم حق على من زنا اذا احصن من الرجال و النساء، اذا قامت البينة، او كان الحبل او الاعتراف، و قد قرأبها الشيخ و الشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله و الله عزيز حكيم. متفق عليه و أما آية الجلد فنقول بها فان الزاني يجب جلده، فان كان ثيبا رجم مع الجلد (هذا مذهب احمد خلافا للجمهور، فلايجمع بين الجلد و الرجم عندهم) ثم لو قلنا ان الثيب لايجلد لكان هذا تخصيصا للآية العامة و هذا سائغ بغير خلاف، فان عمومات القرآن في الاثبات كلها مخصوصة و قولهم: ان هذا نسخ ليس بصحيح، و انما هو تخصيص، ثم لو كان نسخا لكان نسخا بالآية التي ذكرها عمر رضي الله تعالى (و ان كان نسخا بالسنة فان النسة المتواترة يجوز بها نسخ القرآن كنسخ الوصية للوالدين و الاقربين بقوله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث)

رد عمر بن عبد العزيز على من ادعى العمل بالقرآن دون الحديث

و قد روينا ان رسل الخوارج جاؤا عمر بن عبد العزيز رضي الله تعالى عنه فكان من جملة ما عابوا عليه الرجم، و قالوا ليس في كتاب الله الا الجلد و قالوا الحائض اوجبتم عليها قضاء الصوم دون الصلوة، و الصلوة اوكد، فقال لهم عمر و انتم لاتقولون الا بما في كتاب الله؟ قالوا نعم، قال فاخبروني عن عدد الصلوات المفروضات و عدد اركانها و ركعاتها و مواقيتها اين تجدونه في كتاب الله تعالى؟ و اخبروني عما تجب الزكوة فيه، و مقاديرها و نصبها ؟ فقالوا انظرنا فرجعوا يومهم ذلك، فلم يجدوا شيئاً مما سالهم عنه في القرآن فقالوا لم نجده في القرآن قال فكيف ذهبتم اليه؟ قالوا لان النبي صلى الله عليه وسلم فعله و فعله المسلمون بعده فقال لهم فكذلك الرجم و قضاء الصوم فان النبي صلى الله عليه وسلم رجم، و رجم خلفاءه بعده و المسلمون، و أمر النبي صلى الله عليه و سلم الحائض بقضاء الصوم دون الصلاة و فعل ذلك نساءه و نساء اصحابه انتهى و راجع اوجز المسالك ص١ ج٦.

قال و يخرجه الى ارض فضاء و يبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله تعالى عنه و لان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايته(١) احتيال للدرء، و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايشترط بدايته اعتباراً بالجلد، قلنا كل احد لايحسن الجلد، فربما يقع مهلكاً و الاهلاك غير مستحق و لا كذلك الرجم لانه اتلاف قال فان امتنع الشهود من الابتداء سقط

المصحف، فاني قد خشيت ان يجيء اقوام فلايجدونه في كتاب الله، فيكفرون به و حديث عمر رضي الله تعالى عنه مذكور في المؤطا ايضاً. قلت قد كان رجم ابوبكر و عمر رضي الله عنهما بحضرة الصحابة، و لم ينكرها احد فحل محل الاجماع. و في شرح الاقطع و لا خلاف في ذلك بين الامة، الا ما روي عن الخوارج ان الحد كله الجلد، و لا رجم، و انما قالوا ذلك لانهم لايقبلون اخبار الآحاد، و قولهم لايلتفت اليه، لانه خرق الاجماع، و الاحاديث فيه كادت ان تكون متواترة. (قال) اي القدوري (و يخرجه الى ارض فضاء، و يبتدئ الشهود برجمه، ثم الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه) قوله كذا روي عن علي في المصنف روى ابن ابي شيبة(٢) في مصنفه حدثنا عبدالله بن ادريس عن يزيد عن عبدالرحمن بن ابي ليلى ان علياً رضي الله عنه كان اذا شهد عنده الشهود على الزنا أمر الشهود ان يرجموا ثم رجم هو ثم رجم الناس و اذا كان باقرار بدأ هو فرجم ثم الناس (و لان الشاهد قد يتجاسر على الاداء) اي يجترئ على اداء الشهادة كاذباً (ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايته احتيال للدرء) اي فكان في ابتداء الشهود بالرجم حيلة لدفع الحد، لانا أمرنا به. (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايشترط بدايته) اي بداية الشاهد، و به قال مالك و احمد و ابويوسف في رواية رحمهم الله تعالى (اعتباراً بالجلد) حيث لايشترط فيه بدايتهم، و قالت الشافعية رحمه الله تعالى و لكن يستحب حضورهم و بدايتهم بالرمي، و كذا لو ثبت الزنا باقرار، لايشترط حضور الامام و لا نائبه عندهم، و لكن يستحب حضورهم و بدايتهم بالرمي، (قلنا كل احد لايحسن الجلد فربما يقع مهلكاً و الاهلاك غير مستحق) اي في الجلد (و لا كذلك الرجم لانه اتلاف) لان فيه مستحق القتل بخلاف الجلد لانه للتاديب و الزجر (قال) القدوري رحمه الله تعالى (فان امتنع الشهود من الابتداء سقط

---

(١) بدايته – ن – بداءته. (٢) ابن ابي شيبة عنوان فيمن يبدأ بالرجم ص٨٩ ج١٠ و سنن البيهقي كتاب الحدود – باب من اعتبر حضور الامام و الشهود و بداية الامام بالرجم الخ ص٢٢٠ ج٨ و نصب الراية ص٣١٩ ج٣ و فتح القدير ص١٤ ج٥ و مسند احمد ص١٢١ ج١ و ذكر الزيلعي هذه الاحاديث مفصلة.

الحد لانه دلالة الرجوع و كذا اذا ماتوا او غابوا، في ظاهر الرواية. لفوات الشرط و ان كان

الحد لانه) اي لان امتناعهم عن الابتداء (دلالة الرجوع) و كذا اذا امتنع بعضهم (و كذلك) اي سقط الرجم (اذا ماتوا) اي الشهود (او غابوا) لان الشرط بدايتهم و قد انعدم ذلك بالموت و الغيبة، و كذا اذا عموا او خرسوا او جنوا او فسقوا او ارتدوا او قذفوا فحدوا سواء اعترض ذلك قبل القضاء، او بعد القضاء و قبل الامضاء لان الامضاء من القضاء في باب الحدود، فاذا لم يحصل الامضاء فكانه لم يحصل القضاء و قيد بقوله (في ظاهر الرواية لفوات الشرط) احترازا(١) عما روي عن ابي يوسف رحمه الله تعالى في شرح الطحاوي انه قال لايبطل الرجم بموت الشهود، و لا بغيبتهم هذا اذا كان المشهود عليه محصناً. اما اذا كان غير محصن فقد قال الحاكم الشهيد رحمه الله تعالى في الكافي اقيم عليه الحد في الموت و الغيبة، و يبطل فيما سواها، و كذلك ما سوى الحدود من حقوق الناس و في الذخيرة و لو كان الشهود او بعضهم مقطوع اليدين، او مرضى لايستطيعون الرمي، و حضروا يرمي القاضي، و لو قطعت بعد الشهادة، امتنعت الاقامة، و لو غاب واحد منهم، لم يرم حتى يحضر كلهم و في المبسوط اذا امتنع الشهود، سقط الرجم. و لكن لايقام الحد على الشهود، لانهم ثابتون على الشهادة، لان الانسان قد يمتنع(٢) عن القتل بحق و يستحب للامام ان يامر طائفة، اي جماعة من المسلمين ان يحضروا لاقامة الحد، و قد اختلف(٣) في حد الطائفة فالطائفة واحد فما فوقه هذا قول ابن عباس رضي الله تعالى عنه و به قال احمد و قال عطاء و اسحاق رحمهم الله اثنتان، و قال الزهري رحمه الله تعالى ثلاثة و قال مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى اربعة و قال الحسن البصري عشرة و في الايضاح لاباس لكل من رمى ان يتعمد قتله، لانه المقصود من الرجم، الا اذا كان ذا رحم محرم من المرجوم فانه لايستحب ان يتعمد قتله(٤) و قد روى(٥) عن حنظلة بن عامر رضي الله تعالى عنه انه استاذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل ابيه و كان كافراً فمنعه من ذلك و قال دعه يكفيك غيرك (و ان كان). اي و ان كان الزاني المحصن

---

(١) احترازا الخ كذا في الفتح ص١٥ ج٥ راجع المغني ص١٣٧ ج١٠. (٢) لان الانسان قد يمتنع الخ و في الفتح لان امتناعهم ليس صريحا في رجوعهم ولو كان ظاهرا فيه ففيه احتمال كونهم تضعف نفوسهم عن القتل وان كان بحق كما نراه في المشاهد من امتناع بعض الناس من ذبح الحيوان الحلال للاكل و الاضحية بل و من حضورها.
(٣) و قد اختلف الخ المغني ص١٣٧ ج١٠ و الفتح لابن الهمام ص٢١ ج٥. (٤) قتله و في الفتح ص١٦ ج٥ قالوا و يستحب لكل من رجم ان يقصد قتله لانه المقصود و لانه تيسير عليه الا ان يكون ذا رحم محرم منه فلايقصده و يكتفي بغيره فيه. انتهى. (٥) و قد روى عن حنظلة رضي الله عنه الخ كذا في الكفاية ص١٧ج٥.

مقراً ابتدأ الامام ثم الناس، كذا روى عن علي رضي الله تعالى عنه و رمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية رضي الله تعالى عنها بحصاة مثل الحمصة و كانت قد اعترفت بالزنا

(مقراً) بالزنا (ابتدا الامام ثم الناس كذا روى عن علي رضي الله تعالى عنه) و قد ذكرناه عن قريب (و رمى النبي صلى الله عليه وسلم الغامدية رضي الله تعالى عنها بحصاة مثل الحمصة و كانت قد اعترفت بالزنا) و هذا رواه ابوداود(١) في سننه، من حديث ابي بكرة عن ابيه ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم امرأة فحفر لها الى الشذوة قال ابوداود و حدثت عن عبدالصمد بن عبد الوارث حدثنا زكريا بن سليم ابو عمران باسانيد نحوه. و زاد ثم رماها بحصاة مثل الحمصة، قال ارموا و اتقوا الوجه فلما طفئت اخرجها فصلى عليها انتهى و هذه المرأة هي الغامدية و نسبة الى غامد(٢) قبيلة من العرب و قال المبرد في كتاب انساب العرب غامد بطن من خزاعة و قال المبرد في الكامل بنو غامد بن نصر بن الازد في هذه القبيلة يقول القائل

الاهل اتا على تأيها بما فضحت قومها غامد(٣)

---

(١) ابوداود الحدود باب في المرأة التي امر النبي صلي الله عليه وسلم برجمها من جهينة ص٢٦١ ج٢. (٢) غامد الخ و في الاوجز ص١٢ ج٦ انّ امرأة من غامد كما في مسلم من حديث بريدة و له و لابي داود من حديث عمران امرأة من جهينة قال ابوداود بعد ذكر هذه الروايات قال الغساني جهينة و غامد و بارق واحد الخ و في رواية مسلم امرأة من غامد من الازد و روى ابن مندة بسند ضعيف عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت سبيعة القرشية قالت يا رسول الله اني زنيت فاقم على حد الله الحديث بنحو حديث الغامدية فان صح فيكون ذالك وقع لهما قاله الزرقاني و قال ابن الجوزي في التلقيح في بيان المبهمات روى بريدة رضي الله تعالى عنه ان امرأة من غامد فذكر حديث الباب ثم قال امرأة من جهينة و اسم هذه المرأة سبيعة و قيل ابية بنت فرج الخ و ترجم الحافظ في الاصابة لسبيعة القرشية و قال ذكرها ابن مندة بسند ضعيف و لم اجد في الاصابة ترجمة سبيعة الجهنية و لا ابية بنت فرج و قال الحافظ في المقدمة اسم المرأة فاطمة فتاة هزال و قيل منيرة و في طبقات ابن سعد مهيرة الخ انتهى ملخصا و في فتح القدير ص١٦ ج٥ و الغامدية من بني غامد حى من الازد قاله المبرد في الكامل و في كتاب انساب العرب غامد بطن من خزاعة و في حديث عمران بن حصين رضي الله تعالى اتت امرأة من جهينة. (٣) غامد و في تاج العروس ص٤٤٦ ج٢ غمد - الغامد و غامدة ابوقبيلة من جهينة على ما قيل و قيل من اليمن و مثله في الضحاح قال الا هل اتاها على نأيها - بما فضحت قومها غامد ينسب اليها الغامديون من المحدثين وغيرهم او هو غامد بلا هاء و اسمه عمرو - و في بعض النسخ عمر و هو الصواب ابن عبدالله بن مالك بن نصر بن الازد الخ و نحوه في اللسان.

و يغسل و يكفن و يصلى عليه لقوله عليه الصلوة و السلام لماعز رضي الله تعالى عنه اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم، و لانه قتل بحق فلايسقط الغسل كالمقتول قصاصاً و صلى النبي عليه الصلوة و السلام على الغامدية رضي الله تعالى عنها بعد ما رجمت،

(و يغسل) اي المرجوم (و يكفن و يصلى عليه لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (لماعز رضي الله عنه اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم) هذا رواه ابن ابي شيبة(١) في مصنفه حدثنا(٢) ابومعاوية عن ابي حنيفة عن علقمة مرتد عن ابن بريدة عن ابيه بريدة قال لما رجم ماعز قالوا يارسول الله صلى الله عليه وسلم ما نصنع به، قال اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم من الغسل و الكفن و الحنوط و الصلاة عليه. و روى اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم فلقد تاب توبة لو قسمت على اهل الحجاز لوسعتهم و لقد رأيته ينغمس في انهار الجنة. و عن مالك(٣) رحمه الله تعالى لايصلي على المرجوم كذا ذكره، و لكن ذكر في الجواهر من كتب المالكية غسل و صلي عليه (و لانه) اي و لان المرجوم (قتل بحق، فلايسقط الغسل كالمقتول قصاصاً) فانه يغسل و يصلى عليه (و صلى النبي صلى الله عليه وسلم على الغامدية رضي الله تعالى عنها بعد ما رجمت) و قد روى الجماعة(٤) الا البخاري عن عمران بن حصين ان امرأة من جهينة اتت النبي صلى الله عليه وسلم و هي حبلى من الزنا فقالت يا نبي الله اصبت حدا فاقمه علي ... الحديث، و فيه ثم امر بها فرجمت ثم صلى عليها... الحديث، و صح في السنن ايضا ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على الغامدية و دفنت، و في حديثها لقد تابت توبة(٥) لو

(١) ابن ابي شيبة كتاب الجنائز في المرجومة تغسل ام لا ص٢٥٤ج٣ لكن سنده في نسخة ابن ابي شيبة التي عندي هكذا عن علقمة بن مرثد عن ابيه قال لما الخ و ليس فيه عن ابن بريدة عن ابيه. (٢) حدثنا الخ كذا في نصب الراية ص٣٢١ ج٣ و فتح القدير ص١٦ ج٥ و راجع لتحقيق الصلوة على المرجوم اوجز المسالك ص١٥ ج٦ و فتح القدير ص١٦ ج٥ و المغني ص٣٥٧ ج٢ عنوان الصلوة على جنائز الفساق. (٣) و عن مالك رحمه الله تعالى الخ و في المغني ص٣٥٧ ج٢ و قال مالك لايصلى على من قتل في حد الخ غامد. (٤) الجماعة - مسلم في حد الزنا ص٦٨ ج٢ و ابوداود الحدود ص٢٦١ ج٢ و النسائي الجنائز باب الصلوة على المرجوم ص٢٧٨ ج١ و الترمذي الحدود قبيل باب ما جاء في رجم اهل الكتاب ص١٧٣ ج١ و ابن ماجة باب الرجم ص١٨٧ و نصب الراية ص٣٢١ ج٣ و فتح القدير ص١٦ ج٥. (٥) لقد تابت توبة الخ هذا لفظ مسلم ص٦٨ ج٢ و ابي داود ص٢٦٢ ج٢ و الدارمي و مسند احمد و في رواية الكبرى للنسائي ص٢٨٧ ج٤ انها تابت توبة لو قسمت على اهل الحجاز لوسعتهم و لفظ الصغرى للنسائى ص٢٧٨ ج١ لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من اهل المدينة لوسعتهم و هل وجدت توبة افضل من ان جادت بنفسها لله عزوجل ز كذا عند ابي داود ص٢٦١ ج٢ و مسلم =>

و ان لم يكن محصناً و كان حراً فحده مائة جلدة، لقوله تعالى الزانية و الزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة(١) الا انه انتسخ في حق المحصن، فبقي في حق غيره معمولاً به

تابها صاحب مكس لغفر له، و صاحب المكس هو العشار و المكس هو ما يأخذه (و ان لم يكن) اي و ان لم يكن الزاني المقر (محصنا و كان حراً فحده مائة جلدة، لقوله عزوجل الزانية و الزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) قوله الزانية مبتدأ و الزاني عطف عليه، و الخبر محذوف تقديره(٢) فيما فرض عليكم الزانية و الزاني، اي حكمهما، و هو الجلد، و يجوز ان يكون الخبر قوله فاجلدوا و هو مذهب المبرد و الاول مذهب الخليل و سيبويه. و دخول الفاء في الخبر لتضمن المبتدأ معنى الشرط، لان الالف و اللام فيه بمعنى الذي، اي التي زنت و الذي زنى فاجلدوهما كقولك من زنى فاجلدوا، كذا قرره الاترازي و فيه تامل (الا انه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولاً به) بيانه ان قوله تعالى الزانية و الزاني فاجلدوا الآية عامة في المحصن وغيره، الا انه انتسخ في حق المحصن بآية أخرى، فنسخت تلاوتها و بقي حكمها، و الآية الأخرى هو

=> ص٦٩ ج٢ و الترمذي ص١٧٣ ج١ و في رواية مسلم في حق ماعز رضي الله تعالى عنه لقد تاب توبة لو قسمت بين امة لوسعتهم و قال الزيلعي رحمه الله تعالى في نصب الراية ص٣٢١ ج٣ و في الباب حديث الصلوة على ماعز رضي الله تعالى عنه رواه البخاري في صحيحه في اول كتاب المحاربين (باب الرجم بالمصلى ص١٠٠٢ ج٢) عن جابر رضي الله تعالى عنه فذكر قصة ماعز رضي الله تعالى عنه و في آخره ثم امر به فرجم و قال له النبي صلى الله عليه وسلم خيرا و صلى عليه انتهى ثم ذكر الزيلعي الاحاديث التي تدل على انه صلى الله عليه وسلم لم يصل على ماعز رضي الله تعالى عنه ثم قال قال النووي و يجمع بين الروايتين بان رواية الاثبات مقدمة لانها زيادة علم اوانه عليه الصلوة و السلام امرهم بالصلوة عليه و لم يصل هو بنفسه عليه انتهى و في الاوجز ص١٥ ج٦ و اختلفت الروايات في الصلوة على ماعز رضي الله تعالى عنه فاخرج البخاري عن جابر رضي الله تعالى عنه و فيه فقال له النبي صلي الله عليه وسلم خيرا و صلى عليه قال الحافظ و اخرج عبدالرزاق و هو في السنن عن ابي امامة رضي الله تعالى عنه في قصة ماعز رضي الله تعالى عنه قيل يا رسول الله انصلي عليه قال لا فلما كان من الغد قال صلوا على صاحبكم فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم و الناس فهذا الخبر يجمع الاختلاف فتحمل رواية النفي على انه لم يصل عليه حين رجم و رواية الاثبات على انه صلى الله عليه وسلم صلى عليه في اليوم الثاني انتهى و تاول البعض بان المراد بالصلوة الدعاء فاجاب عنه الزيلعي و قال في حديث ابي امامة بن سهل الانصاري رضي الله تعالى عنه و صلى عليه النبي صلي الله عليه وسلم و الناس و هذا اللفظ يبعد تاويل الصلوة بالدعاء لان الناس صلوا عليه بلا خلاف و عطف الناس على النبي صلى الله عليه وسلم مشعر بان صلوة النبي صلي الله عليه وسلم كصلاتهم و الله اعلم. (١) جلدة - النور - ٢. (٢) تقديره الخ كذا في الكشاف و حواشيه ص٢٠٨ ج٣ و التفصيل في روح المعاني وغيره.

يأمر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضرباً متوسطاً لان علياً رضي الله تعالى عنه لما اراد ان يقيم الحد

قوله - الشيخ و الشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالاً من الله، و الله عزيز حكيم - رواها(١) عمر رضي الله عنه في خطبته بحضرة الصحابة رضي الله عنهم اجمعين من غير نكير و قال ان مما يتلى في كتاب الله الشيخ و الشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالاً من الله و الله عزيز حكيم، و لا تهمة في روايته الا ان الله تعالى صرفها من قلوب العباد لحكمة و لم يكتبها عمر رضي الله تعالى عنه في المصحف، و قال لولا ان يقول الناس زاد عمر في كتاب الله لكتبتها. (يأمر الامام بضربه) اي بضرب الزاني غير المحصن (بسوط لا ثمرة له) ثمرة السوط(٢) عقد اطرافه ذكره في الصحاح. و قيل المراد بالثمرة ذنبه و طرفه، لانه اذا كان كذالك يصير الضربة ضربتين، و هذا اصح، لما روي ان عليا رضي الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان، و في رواية له ذنبان اربعين جلدة، فكانت الضربة ضربتين، و الاول هو المشهور (ضربا متوسطاً) اي بين القوي و الضعيف، و الآن يفسره المصنف، لما روي (لان علياً رضي الله تعالى عنه لما اراد ان يقيم الحد

---

(١) رواها عمر رضي الله تعالى عنه و قد سبق قريبا تخريجه عن البخاري و مسلم وغيرهما و قال ابن الهمام رحمه الله تعالى في الفتح ص١٧ ج٥ و هذا (قوله تعالى الزانية و الزاني فاجلدوا) عام في المحصن وغيره نسخ في حق المحصن قطعا و يكفينا في تعيين الناسخ القطع برجم النبي صلي الله عليه وسلم فيكون من نسخ الكتاب بالسنة القطعية و هو اولى من ادعاء كون الناسخ الشيخ و الشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله، و الله عزيز حكيم لعدم القطع بثبوت كونها قرآنا ثم انتساخ تلاوتها و ان ذكرها عمر رضي الله تعالى و سكت الناس فان كون الاجماع السكوتي حجة مختلف فيه و بتقدير حجيته لايقطع بان جميع المجتهدين من الصحابة كانوا اذ ذاك حضورا ثم لاشك ان الطريق في ذلك الى عمر رضي الله تعالى عنه ظني و لهذا و الله اعلم قال علي رضي الله تعالى عنه فيما ذكرناه عنه ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم و قال جلدتها بكتاب الله و رجمتها بسنة رسول الله صلي الله عليه وسلم و لم ينسبه الى القرآن المنسوخ التلاوة الخ. (٢) ثمرة السوط الخ و في الفتح قيل المراد بثمرة السوط عذبته و ذنبه مستعار من واحدة ثمر الشجر و في الصحاح وغيره عقد اطرافه و رجح المطرزي ارادة الاول لما ذكر الطحاوي ان عليا رضي الله تعالى عنه جلد الوليد بسوط له طرفان اربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين و في الايضاح ما يوافقه قال ينبغي ان لايضرب بسوط له ثمرة لان الثمرة اذا ضرب بها تصير كل ضربة ضربتين و في الدراية لكن المشهور في الكتب لا ثمرة له اي لا عقدة عليه و قول المصنف رحمه الله تعالى في الاستدلال عليه لان عليا رضي الله تعالى عنه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته لايحتمل الوجه الاول اصلا بل لحد الامرين اما العقدة و اما تليين طرفه بالدق اذا كان يابسا و هو الظاهر.

كسر ثمرته و المتسوط بين المبرح و غير المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك و خلو الثاني عن المقصود و هو الانزجار و ينزع(١) عنه ثيابه معناه، دون الازار

كسر ثمرته) هذا غريب و روى ابن ابي شيبة(٢) في مصنفه حدثنا عيسى بن يونس عن حنظلة السدوسى قال سمعت انس بن مالك رضي الله تعالى عنه يقول كان يؤمر بالسوط فتقطع ثمرته، ثم يدق بين حجرين، حتى يلين ثم يضرب به. قلنا لأنس في زمان من كان هذا قال في زمان عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه و روى عبدالرزاق(٣) في مسنده حدثنا معمر عن يحيى بن ابي كثير ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم اني اصبت حداً فاقمه على فدعى رسول الله صلي الله عليه وسلم بسوط، فاتى بسوط جديد عليه ثمرته فقال لا سوط دون هذا، فاتى بسوط مكسور العجز فقال لا سوط فوق هذا، فاتى بسوط بين سوطين فأمر به فجلد (و المتوسط بين المبرح و غير المؤلم) و المبرح(٤) بكسر الراء من برحني هذا الأمر غلظ على و اشتد و منه برحاء الحمى و غيرها شدة الاذى و المؤلم بكسر السلام اي الموجع من الايلام (لافضاء الاول الى الهلاك) اي المبرح (و خلو الثاني) و هو غير المؤلم (عن المقصود و هو الانزجار) و في فتاوى(٥) الولوالجي اذا كان رجل وجب عليه الحد و هو ضعيف الجلد فخيف عليه الهلاك اذا ضرب، يجلد جلداً خفيفاً مقدار ما يتحمله (و ينزع عنه ثيابه) هذا لفظ القدوري، و قال المصنف (معناه دون الازار) يعني معنى كلام القدوري ينزع ثياب الزاني غير

---

(١) و ينزع – ن – و تنزع. (٢) ابن ابي شيبة في السوط من يامر به ان يدق ص٠ ٥ ج١٠. (٣) عبد الرزاق باب ضرب الحدود ص٣٦٩ ج٧ و كذا في مصنف ابن ابي شيبة ص٥١ ج١٠ و المؤطا للامام مالك رحمه الله تعالى ماجاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا ص٦٨٦ و في عبدالرزاق ص٣٦٩ ج٧ اتى عمر رضي الله تعالى برجل في حد فامر بسوط فجيء بسوط فيه شدة فقال اريد الين من هذا فاتى بسوط فيه لين فقال اريد اشد من هذا قال فاتى بسوط بين السوطين فقال اضرب به و نحوه في مصنف ابن ابي شيبة باب ما جاء في الضرب في الحد ص٤٨ ج١٠ و راجع لآثار الباب نصب الراية ص٣٢٣ ج٣ و سنن الكبرى للبيهقي ابواب صفة السوط ص٣٢٦ ج٨. (٤) مبرح – على وزن اسم الفاعل من باب التفعيل بمعنى الشديد و في الصحاح للجوهري مادة برح برحاء الحمى وغيرها (بضم الباء و فتح الراء المخففة) شدة الاذى برح به الامر تبريحا (باب التفعيل) اي جهده – و في لسان العرب برح يبرح بروحا (باب سمع) زال برح به الامر تبريحا اي جهده و ضربه ضربا مبرحا (بكسر الراء) و لاتقل مبرحا (بفتح الراء) و في الحديث ضربا غير مبرح (بكسر الراء) اي غير شاق و هذا ابرح على من ذاك اي اشق و اشد و البرحاء (بضم الباء و تخفيف الراء) الشدة و المشقة و خص بعضهم به شدة الحمى ملخصا و نحوه في العناية و الكفاية مختصرا. (٥) و في فتاوى الخ و كذا في الفتح.

لان علياً رضي الله تعالى عنه كان يامر بالتجريد في الحدود، و لان التجريد ابلغ في ايصال الالم اليه، و هذا الحد مبناه على الشدة في الضرب، و في نزع الازار كشف العورة فليتوقاه(١) و يفرق الضرب على اعضائه لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف، و الحد زاجر لا متلف، قال الا رأسه و وجهه، و فرجه،

المحصن دون الازار (لان عليا رضي الله تعالى عنه كان يامر بالتجريد في الحدود) و هذا غريب(٢) و قد روى عنه خلافه رواه عبدالرزاق(٣) في مصنفه اخبرنا الثوري عن جابر عن القاسم بن عبدالرحمن عن ابيه عن علي رضي الله عنه انه اتى برجل في حد فضربه و عليه كساء له قسطلاني قاعداً (و لان التجريد ابلغ في ايصال الالم اليه) اي الى المضروب و بخلافه روي عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه رواه عبد الرزاق(٤) في مصنفه عن الثوري عن جويبر عن الضحاك عن مزاحم عن ابن مسعود رضي الله عنه قال لايحل في هذه الامة التجريد و لا مد و لا غل و لا صفد و اخرج عن ابن عيينة عن مطرف عن الشعبي قال سألت المغيرة بن شعبة رضي الله تعالى عنه عن القاذف اتنزع عنه ثيابه قال لاتنزع عنه الا ان يكون فروا او محشوا (و هذا الحد) اي حد الزنا (مبناه على الشدة في الضرب) احترز به عن حد القذف، فان القاذف يضرب و عليه ثيابه و لكن ينزع عنه الفرو، و الحشو، و به قال مالك رحمه الله تعالى و قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى لاينزع بل يترك عليه قميص او قميصان (و في نزع الازار كشف العورة فليتوقاه) يعني يحترز منه و لاينزع (و يفرق الضرب على اعضائه) اعضاء المحدود على الكتفين و الذراعين و العضدين و الساقين و القدمين (لان الجمع) اي جمع الضرب (في عضو واحد قد يفضي الى التلف) و ذلك غير مستحق عليه (و الحد زاجر لا متلف) يعني الحد شرع للزجر لا للاتلاف (قال) اي القدوري (الا رأسه و وجهه و فرجه) هذا استثناء من قوله و يفرق الضرب على اعضائه و قال الحاكم الشهيد في الكافي و يعطي كل عضو حقه من الضرب، ما خلا الوجه و الرأس و الفرج في قول ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال ابويوسف رحمه الله تعالى يضرب الرأس ايضا، و كان قوله الاول مثل قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى و في شرح الطحاوي و روى عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه قال يضرب على الرأس ضربة واحدة و عند الشافعي رحمه الله تعالى يضرب كله على الظهر، و كذا ذكر عن الشافعي رحمه الله تعالى في الكافي، و المنظومة، و هذا خلاف ما ذكر في كتبه المشهورة، و لهذا قال في شرح المجمع تركت ذكر

---

(١) فليتوقاه – ن – فيتوقاه. (٢) غريب الخ كذا في نصب الراية ص٣٢٣ ج٣ و راجع فتح القدير ص١٨ ج٥.
(٣) عبد الرزاق باب وضع الرداء ص٣٧٣ ج٧. (٤) عبدالرزاق ص٣٧٣ ج٧.

لقوله عليه الصلوة و السلام للذي امره بضرب الحد، اتق الوجه و المذاكير. و لان الفرج مقتل و الراس مجمع الحواس و كذا الوجه و هو مجمع المحاسن ايضاً، فلايؤمن فوات شيء منها بالضرب و ذلك اهلاك معنى، فلايشرع حداً و قال ابويوسف رحمه الله تعالى يضرب الرأس ايضا رجع اليه،

الخلاف، و عن مالك رحمه الله تعالى يخص الضرب على الظهر و ما يليه، و روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى انه يضرب الظهر في التعزير، و في الحدود يضرب الاعضاء و قال الحسن بن صالح يضرب في التعزير ايضاً الاعضاء كلها الا الوجه و المذاكير و لا خلاف في اتقاء الوجه و الفرج (لقوله صلى الله عليه وسلم) اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (للذي امره بضرب الحد، اتق الوجه و المذاكير) هذا الحديث(١) غريب مرفوعاً و روى موقوفاً عن علي رضي الله رواه ابن ابي شيبة(٢) في مصنفه، حدثنا حفص بن عمر عن ابن ابي ليلى عن عدي بن ثابت عن المهاجر بن عميرة عن علي رضي الله تعالى عنه انه اتى برجل سكران اوفى حد فقال اضرب، و اعط كل عضو حقه و اتق الوجه و المذاكير، و رواه عبدالرزاق ايضا في مصنفه، و المذاكير(٣) جمع الذكر، على خلاف القياس، كانهم فرقوا ذلك الجمع بين الذكور الذي هو الفحل، و بين الذكر الذي هو العضو و النهي عن ضرب الوجه في الصحيحين(٤) عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله صلي الله عليه وسلم اذا ضرب احدكم فليتق الوجه و اخرج مسلم عن جابر رضي الله تعالى عنه قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الضرب في الوجه و عن الوسم في الوجه. (و لان الفرج مقتل) اي موضع قتل يؤدي الى الهلاك (و الرأس مجمع الحواس) فيخاف منها على عقله و عامة حواسه (و كذا الوجه و هو مجمع المحاسن ايضاً) هو جمع حسن على خلاف القياس (فلايؤمن فوات شيء منها) اي من الحواس و المحاسن (بالضرب و ذلك اهلاك معنى) لانه يصير مثلة و هي منهية فاذا كان كذلك (فلايشرع حداً) اي فلايشرع شيء من ذلك من حيث الحد (و قال ابويوسف رحمه الله تعالى يضرب الراس ايضا رجع اليه) اي الى ضرب

---

(١) هذا الحديث الخ راجع نصب الراية ص٣٢٤ ج٣ و فتح القدير ص١٨ ج٥. (٢) ابن ابي شيبة ص٤٩ ج١٠ و عبدالرزاق ص٣٧٠ ج٧ و البيهقي في سننه ص٣٢٧ ج٨. (٣) و المذاكير الخ كذا في الشروح الثلاثة و فيها انما ذكر بلفظ الجمع ههنا مع افراد قرينه و هو الوجه لانه اراد به ذالك العضو المعين و ماحوله كقولهم شابت مفارق راسه و انما له مفرق واحد كذا في الصحاح و المغرب وغيره. (٤) الصحيحين - البخاري في آخر العتق ص٣٤٧ ج١ و مسلم في البر و الصلة باب النهي عن ضرب الوجه ص٣٢٢ ج٢ و حديث جابر رضي الله تعالى عنه عند مسلم اللباس باب النهي عن ضرب الحيوان في وجهه و وسمه ص٢٠٢ ج٢ و حديث ابن عمر رضي الله عند =>

و انما يضرب سوطاً لقول ابي بكر رضي اللّه تعالى عنه اضربوا الرأس فان فيه شيطاناً قلنا تاويله، انه قال ذلك فيمن ابيح قتله،

الراس كان يقول اولا لايضرب الراس ثم رجع و قال (و انما يضرب سوطاً) و به قال الشافعي رحمه اللّه تعالى في اظهر الوجهين و في الايضاح و يضرب الرأس عنده لان ضربه سوطاً و سوطين لايخشى منه الفساد، روى صاحب الاجناس عن كتاب الحدود من رواية ابي سليمان قال ابويوسف يتقى الوجه و الفرج و البطن و الصدر، و يضرب على الراس و قال في الشامل و عند بعض مشايخنا لايضرب الصدر و البطن لانه مقتل كالرأس (لقول ابي بكر رضي اللّه تعالى عنه اضربوا الرأس فان فيه شيطاناً) هذا رواه ابن ابي شيبة(١) في مصنفه حدثنا وكيع عن المسعودي عن القاسم ان ابابكر رضي اللّه تعالى عنه اتى برجل انتفى من ابيه فقال ابوبكر رضي اللّه تعالى عنه اضرب الرأس فان الشيطان في الرأس انتهى و المسعودي ضعيف. (قلنا تاويله) اي تاويل قول ابي بكر رضي اللّه تعالى عنه (انه قال ذلك) اي اضربوا الرأس (فيمن ابيح قتله) قال الاترازي و اثر ابي بكر رضي اللّه تعالى عنه ليس بحجة لابي يوسف رحمه اللّه تعالى لان ذلك ورد في مشرك من اهل الحرب محلوق الرأس و ضرب رأسه واجب، و اهلاكه مستحق، كذا اجاب عنه فخر الاسلام وغيره، في شروح الجامع الصغير انتهى قلت فيه نظر من وجوه. الاول: ان اثر ابي بكر رضي اللّه عنه ورد في رجل انتفى من ابيه و لم يذكر فيه انه في مشرك من اهل الحرب، الثاني: ان المشرك من اهل الحرب اذا دخل دار الاسلام بامان لايقتل. و الظاهر ان احدا منهم لايدخل الا بامان. و الثالث: لو سلمنا ان هذا المشرك اذا استحق القتل يقتل بلاضرب على رأسه، لان الشارع امر باحسان القتل(٢) و هذا كله على تقدير ان يكون اثر ابي بكر رضي اللّه تعالى

=> البخاري الذبائح باب العلم و الوسم في الصورة ص٨٣١ ج٢. (١) ابن ابي شيبة في الرأس يضرب في العقوبة ص١٥١ ج١٠ و في حاشيته اخرجه الزيلعي في نصب الراية ص٣٢٤ ج٣ و الهندي في كنز العمال ص١٠٧ ج٦ برز "ش" و ابن حزم في المحلى ص٣٤١ ج١١ و اخرج الزيلعي اثرا آخر نحوه عن عمر رضي اللّه تعالى عنه رواه الدارمي بسنده في اوائل مسنده. باب من هاب الفتيا الخ طبع جديد ص٦٦ ج١ حديث ١٤٤ ان رجلا يقال له صبيغ قدم المدينة فجعل يسأل عن متشابه القرآن فارسل اليه عمر و قد اعد له عراجين النخل فقال من انت؟ قال عبداللّه صبيغ فاخذ عمر عرجونا من تلك العراجين فضربه و قال انا عبداللّه عمر و جعل عمر يضرب حتى دمى رأسه فقال يا امير المؤمنين حسبك قد ذهب الذي كنت اجد في رأسي انتهى كذا قال في الفتح.
(٢) باحسان القتل - اخرج مسلم عن شداد بن اوس رضي اللّه عنه قال قال رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم ان اللّه تعالى كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة الحديث و ابوداود كتاب الضحايا باب في =>

و يقال انه ورد في حربي كان من دعاة الكفرة و الاهلاك فيه مستحق و يضرب(١) في الحدود كلها قائماً. غير ممدود لقول علي رضي الله تعالى عنه يضرب الرجال في الحدود قياما و النساء قعوداً و لان مبنى اقامة الحد على التشهير و القيام ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان يلقى على الارض و يمد، كما يفعل في زماننا، و قيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه، و قيل ان يمده بعد الضرب و ذلك كله لايفعل

عنه صحيحاً، و هو ضعيف كما ذكرنا فلايحتاج الى تطويل الكلام فيه (و يقال انه) اي ان اثر ابي بكر رضي الله تعالى عنه (ورد في حربي كان من دعاة الكفرة) اي يدعو الناس اليهم، و قد مر الكلام فيه (و الاهلاك فيه) اي في هذا الحربي الذي هو من دعاة الكفرة (مستحق) و التعذيب بضرب الرأس قبل القتل غير مستحق كما ذكرنا (قال) اي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و يضرب في الحدود كلها قائما) اي حال كونه قائماً (غير ممدود لقول علي رضي الله تعالى عنه يضرب الرجال في الحدود قياماً و النساء قعوداً) هذا اخرجه عبد الرزاق(٢) في مصنفه، اخبرني الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى بن الجزار عن علي رضي الله تعالى عنه قال يضرب الرجل قائما و المرأة قاعدة في الحد. قوله قياماً اي قائمين و قعوداً اي قاعدات، كذا قيل، قلت القعود جمع قاعدين، و جمع النساء قواعد جمع قاعدة (و لان مبنى اقامة الحد على التشهير، و القيام ابلغ فيه) اي في الرجل (ثم قوله) اي قول محمد (غير ممدود) اي حال كونه غير ممدود، و اختلفوا فيه (فقد قيل المد ان يلقى على الارض و يمد كما يفعل في زماننا) بعد ان يقعد رجل على رأسه و الآخر على رجليه (و قيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه و قيل ان يمده بعد الضرب) قال تاج الشريعة رحمه الله تعالى يعني بعد ما اوقع السوط على البدن لايمده لانه زيادة مبالغة لم يرد به الاثر، و لا ورد به الخبر، و قال بعضهم لايمد المحدود بين العقابين كما يفعل بين يدي الظلمة، لانه بدعة، و العقابان عودان ينصبان بمقودين في الارض، يمد بينهما المضروب او المصلوب (و ذلك كله لايفعل) ذلك اشارة الى ما ذكر من الاقوال في تفسير

=> الرفق بالذبيحة ص٣٣ ج٢ و الترمذي كتاب الديات باب في النهي عن المثلة ص١٦٩ ج١ و النسائي كتاب الضحايا باب حسن الذبح ص٢٠٦ ج٢ و ابن ماجة ابواب الذبائح - باب اذا ذبحتم فاحسنوا الذبح ص٢٣٦.

(١) و يضرب - ن - قال و يضرب. (٢) عبد الرزاق باب ضرب المرأة ص٣٧٥ ج٧ و لفظه تضرب المرأة جالسة و الرجل قائما في الحد و اخرجه البيهقي في السنن ص٣٢٧ ج٨ و لفظه ان عليا رضي الله تعالى عنه كان يقول يضرب الرجل قائما و المرأة قاعدة و كذا عند الزيلعي في نصب الراية ص٣٢٥ ج٣ و ابن الهمام في فتح القدير ص١٩ ج٥.

لانه زيادة على المستحق. و ان كان عبداً جلده خمسين جلدة، لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب(١) نزلت في الاماء و لان الرق منقص للنعمة، فيكون منقصاً للعقوبة، لان الجناية عند توافر النعم افحش، فيكون ادعى الى التغليظ، و الرجل و المرأة في ذلك سواء لان النصوص تشملهما غير ان المرأة لاينزع من ثيابها الا الفرو و الحشو لان في تجريدها كشف العورة و الفرو و الحشو، يمنعان وصول الالم الى المضروب و الستر حاصل بدونهما فينزعان و تضرب جالسة لما

الحد (لانه زيادة على المستحق) لانه حينئذ يكون ظلماً، و المستحق قدر الحد، قالوا في الحدود كلها لايمسك و لايربط، و لايبطح بل يترك قائماً الا ان يعجزهم، فلاباس ان يشدوه على اسطوانة و نحوها، و عند مالك رحمه الله تعالى يضرب جالساً و لكن غير ممدود (و ان كان) اي الزاني (عبداً جلده) اي جلده القاضي (خمسين سوطاً لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء) و قبلها فاذا احصن فان اتين بفاحشة فعليهن اي الاماء اذا احصن، اي تزوجن، فان اتين بفاحشة اي زنين فعليهن نصف ما على المحصنات اي الحرائر من العذاب اي من الحد، اي عليهن نصف الحد، و الحد مائة جلدة، على الحر او الحرة، اذا لم يكونا محصنين، نصف ذلك خمسون فيكون ذلك حد الامة، فاذا كان ذلك حد الامة، يكون ذالك حد العبد ايضا، لان المؤثر للنقصان فيهما واحد (و لان الرق منقص للنعمة) الا ترى ان العبد لايتزوج الا اثنتين و للامة في القسم نصف ما للحرة فكما ان الرق منقص للنعمة (فيكون منقصاً للعقوبة لان الجناية عند توافر النعم) اي عند تكاثر النعم بكسر النون جمع نعمة (افحش) يؤيده قوله تعالى يا نساء النبي من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين(٢) ثم قال يا نساء النبي لستن كاحد من النساء(٣) ثم اريد بالعذاب في الآية الجلد لا الرجم، بدلالة السياق، لان الرجم قتل و القتل لاينتصف و انما عليهن نصف الشيء الذي له نصف، و هو الجلد (فيكون ادعى الى التغليظ) اي فيكون الجناية عند توافر النعم ادعى الى التغليظ فيما يستحق عليه (و الرجل و المرأة في ذلك) اي في الحد (سواء لان النصوص تشملهما غير ان المرأة لاينزع من ثيابها الا الفرو و الحشو، لان في تجريدها كشف العورة و الفرو و الحشو) هو الثوب المحشو بالقطن و نحوه (يمنعان وصول الالم الى المضروب) لكثافتهما (و الستر) اي ستر المضروب (حاصل بدونهما) اي بدون الفرو و الحشو (فينزعان) ليصل الالم الى بدنها (و تضرب) اي المرأة (جالسة لما

---

(١) من العذاب - النساء - ٢٥. (٢) ضعفين - الاحزاب - ٣٠. (٣) النساء - الاحزاب - ٣٢.

روينا، و لانه استر لها، قال و ان حفر لها في الرجم جاز، لانه عليه الصلوة و السلام حفر للغامدية الى ثدييها (١)

روينا) (٢) من حديث علي رضي الله تعالى عنه و هو قوله يضرب الرجال في الحدود قياماً و النساء قعوداً (و لانه) اي و لان الضرب و هي جالسة (استر لها) لانها تنضم و تتجمع (قال) اي القدوري (و ان حفر لها في الرجم جاز، لانه عليه الصلوة و السلام) اي لان النبي صلى الله عليه وسلم (حفر للغامدية الى ثدييها) هذا الحديث رواه ابوداود(٣) رحمه الله تعالى في سننه حدثنا عثمان بن ابي شيبة حدثنا وكيع بن الجراح عن زكريا بن سليم ابي عمران، قال سمعت شيخنا يحدث عن ابي بكرة ان النبي صلي الله عليه وسلم رجم امرأة فحفر لها الى الثندوة و فيه مجهول، و حديثها في مسلم(٤) من رواية بريدة رضي الله تعالى عنه و فيه ثم أمر بها، فحفر لها الى صدرها ثم امر الناس فرجموها و يوجد في بعض نسخ الهداية حفر لها الى ثديها و الثدي يذكر و يؤنث قال الجوهري، الثدي للرجل و المرأة، و قال ابن فارس الثدى للمرأة، و يقال للرجل ثندوة(٥) و هذا مشعر بتخصيص الثندوة للرجل، قيل و لم ير احد استعمل الثندوة للمرأة قلت، هذا في رواية ابى داود استعماله للمرأة، و دعوى تخصيص الرجل بالثندوة يرده ما وقع في الصحيح(٦) ان رجلا وضع ذباب سيفه بين ثدييه، و ذكر في المغرب(٧) ان الثندوة بفتح الاول و الواو، او بالضم و الهمزة، موضع الواو و الدال في الحالين مضمومة ثدى الرجل، او لحم الثديين. و قال في المجمل ثدى الرجل كثدى المرأة و هو مهموز اذا ضم اوله فاذا فتح لم يهمز و يقال هو

---

(١) ثدييها - ن - ثدوتها. (٢) لما روينا اي قريبا. (٣) ابوداود كتاب الحدود باب في المرأة التي امر النبي صلى الله عليه وسلم برجمها من جهينة ص٢٦١ ج٢. (٤) مسلم في الرجم ص٦٨ ج٢ و التفصيل في نصب الراية ص٣٢٥ ج٣. (٥) الثندوة في نصب الراية ص٣٢٥ ج٣ و يقال للرجل ثندوة بفتح الثاء بلا همزة و بضمها مع الهمزة و في الكفاية بفتح الاول و الواو او بالضم و الهمزة مكان الواو و الدال في الحالين مضمومة ثدى الرجل او لحم الثديين كذا في المغرب و نحوه في العناية و الفتح. (٦) الصحيح البخاري كتاب الجهاد باب لايقول فلان شهيد في حديث سهل بن سعد رضي الله تعالى عنه ص٤٠٦ ج١ و كتاب المغازي و مسلم كتاب الايمان باب بيان غلظ تحريم قتل الانسان نفسه ص٧٢ ج١ و في حديث جابر رضي الله تعالى الطويل عند مسلم باب في حجة النبي صلى الله عليه وسلم ص٣٩٤ ج١ ثم وضع كفه بين ثديي و قال الزيلعي في نصب الراية و لم اجد احدا من اهل اللغة ذكر استعمال الثندوة في المرأة و في حديث ابي داود استعماله و الله اعلم. وقال النووي في شرح المسلم ص٧٣ ج١ قال ابن فارس الثدى للمرأة و يقال لذلك الموضع من الرجل ثندوة و ثندؤة بالفتح بلاهمز و بالضم بالهمز و قال الجوهري و الثدي للمرأة و الرجل فعلى قول ابن فارس يكون في هذا الحديث قد استعار الثدي للرجل انتهى. (٧) المغرب - الثاء مع النون مادة ثند ص١٢٢ ج١.

و حفر علي رضي الله تعالى عنه لشراحة الهمدانية. و ان ترك لايضره، لانه عليه الصلوة و السلام لم يامر بذلك، و هي مستورة بثيابها و الحفر احسن، لانه استر، و يحفر الى الصدر لما روينا، و لايحفر للرجل لانه عليه الصلوة و السلام

طرف الثدي، فعلى هذا يكون، المراد من الحديث طرف الثدي (و حفر علي رضي الله تعالى عنه لشراحة (١) الهمدانية) هذا اخرجه احمد رحمه الله تعالى في مسنده(٢) عن يحيى بن سعيد عن مجالد عن الشعبي قال كان لشراحة رضي الله تعالى تعالى عنه زوج غائب بالشام، و انها حملت، فجاء مولاها الى علي رضي الله تعالى عنه فقال ان هذه زنت، فاعترفت فجلدها يوم الخميس و رجمها يوم الجمعة، و حفر لها الى السرة، و انا شاهد الحديث قوله الهمدانية، نسبة الى همدان بفتح الهاء و سكون الميم حي من العرب، كذا نقل الاترازي رحمه الله تعالى عنه عن ديوان الادب، قلت اسم(٣) همدان اوسلة بن مالك ين ربيعة رحمه الله تعالى شعب عظيم ينسب اليه خلق كثير من الشعراء و العلماء و الفرسان و اما همدان بفتح الهاء و فتح الميم و بالذال المعجمة مدينة من اشهر مدن الجبال (و ان ترك لايضره) اي و ان ترك الحفر لايضره (لانه) اي لان النبي صلى الله عليه وسلم (لم يأمر بذلك) هذا ذهول من المصنف رحمه الله تعالى و تناقض، فانه تقدم(٤) في كلامه انه عليه الصلوة و السلام حفر للغامدية و هو في مسلم(٥) (و هي مستورة بثيابها و الحفر احسن، لانه استر و يحفر الى الصدر لما روينا) اي من حديث الغامدية رضي الله تعالى عنه حيث حفر لها الى الثندوة (و لايحفر للرجل لانه عليه الصلوة و السلام) اي

---

(١) شراحة بضم الشين المعجمة و تخفيف الزاء ثم حاء مهملة. (٢) احمد في مسنده - مسند على بن ابي طالب رضي الله تعالى عنه ص١٢١ ج١ و نصب الراية ص. ٣٢ ج٣ و فتح القدير ص١٥ ج٥. (٣) اسم الخ و في تاج العروس مادة همد ص٥٤٧ ج٢ و همدان بفتح فسكون قبيلة باليمن من حمير و اسمه اوسلة بن مالك بن زيد بن اوسلة بن ربيعة بن الخيار بن مالك بن زيد بن كهلان بن سبا الخ و له مزيد تفصيل في الانساب للسمعاني باب الهاء و الميم ص٦٤٧ ج٥ و في الهمذاني بالهاء و الميم المفتوحتين و الذال المنقوطة بعدهما فهي مدينة بالجبال مشهورة على طريق الحاج و القوافل اقمت بها في التوجه و الانصراف اربعين يوما و كان بها و منها جماعة من العلماء و الائمة و المحدثين عالم لايحصى الخ. (٤) تقدم في كلامه اي قبل سطر. (٥) في مسلم ص٦٨ ج٢ كما مر آنفا قول الشارح العلام هذا ذهول من المصنف رحمه الله تعالى الخ كذا قال الزيلعي في تخريجه و قال ابن الهمام رحمه الله تعالى في الفتح لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر بذالك يعني لم يوجبه بناء على ان حقيقة الامر هو الايجاب و قال انه عليه الصلوة و السلام حفر للغامدية و معلوم ان ليس المراد الا انه امر بذالك فيكون مجازا عن امره و الا كانت مناقضة غريبة فان مثلها انما يقع عند بعد العهد اما معه في سطر واحد =>

ما حفر لماعز رضي الله تعالى عنه و لان مبنى الاقامة على التشهير في الرجال و الربط و الامساك غير مشروع. و لايقيم المولى الحد على عبده، الا باذن الامام و قال الشافعي رحمه الله تعالى له ان يقيمه

لان النبي صلى الله عليه وسلم (ما حفر لماعز رضي الله تعالى عنه) رواه مسلم(١) من حديث ابي سعيد الخذري رضي الله تعالى عنه فامرنا ان نرجمه قال فانطلقنا به الى بقيع الغرقد قال اوثقناه و لا حفرنا له الحديث و وقع في حديث مسلم(٢) ايضا انه حفر له من رواية بريدة رضي الله تعالى عنه و فيه فلما كانت الرابعة حفرت له حفرة ثم امر به، فرجم، و في مسند احمد رحمه الله تعالى أيضا من حديث ابي ذر رضي الله تعالى عنه انه عليه الصلوة و السلام حفر له و التوفيق(٣) بين الروايتين، ان الاخذ برواية المثبت، اولى من رواية الثاني، لاحتمال انه ما تذكره و لايلزم منه عدم الوقوع (و لان مبنى الاقامة) اي اقامة الحد (على التشهير في الرجال) و ترك الحفر ابلغ في ذلك، قال الاترازي رحمه الله تعالى و هذا هو ظاهر الرواية، و قال الطحاوي رحمه الله تعالى ان شاؤوا حفروا له و ان شاؤوا لم يحفروا له (و الربط و الامساك غير مشروع) يعني في الرجم و ذلك لان ماعزاً رضي الله تعالى عنه لم يربط و لم يمسك، و قد ذكرنا انه اذا تصعب يربط (و لايقيم المولى(٤) الحد على عبده الا باذن الامام، و قال الشافعي رحمه الله تعالى له ان يقيمه) اي للمولي أن يقيم الحد على مملوكه، و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى و عن مالك رحمه الله تعالى لايجوز ان يتولى المولى اقامة الحد في الامة المتزوجة و في العبد يتولى بكل حال، و لأصحاب الشافعي رحمه الله تعالى في الاول وجهان، احدهما السيد اولى لفرض

=> فغريب و هو هنا كذلك و الله الموفق. (١) مسلم في الرجم ص٦٧ ج٢. (٢) مسلم ص٦٨ ج٢. (٣) و التوفيق الخ و في نصب الراية ص٣٢٦ ج٣ و لما تعذر الجمع بين الروايتين على البيهقي سكت عنهما قال في المعرفة و اما الحفر للمرجوم ففي مسلم من حديث الخذري رضي الله تعالى قال فما حفرنا له و فيه من حديث بريدة رضي الله تعالى فامر النبي صلى الله عليه وسلم فحفر له فجعل فيها الى صدره انتهى و في فتح القدير ص٢١ ج٥ حديث بريدة رضي الله تعالى عنها انه حفر له منكر لمخالفته الروايات الصحيحة المشهورة و الروايات الكثيرة المتظافرة و راجع لتحقيق مسئلة الحفر للمرجوم الاوجز ص٥ ج٦ و اعلاء السنن ص٥٧٥ ج١١ و شرح المسلم للنووي ص٦٧ ج٢ و فتح الباري باب لايرجم المجنون ص١٥١ ج١٢. (٤) و لايقيم المولى الحد الخ راجع الاوجز ص٣٥ ج٦ و المغني ص١٤٦ ج١٠ و فتح القدير ص٢٢ ج٥ و تكملة المجموع ص٣٥ ج٢٠ و عمدة القاري ص٢٧٨ ج١١ كتاب البيوع باب بيع العبد الزاني و فتح الباري كتاب الحدود باب اذا زنت الامة ص١٩٩ ج١٢ و اعلاء السنن باب ان الحدود الى السلطان ص٥٨٠ ج١١.

لان له ولاية مطلقة عليه، كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف فيه، ما لا يملكه الامام، فصار كالتعزير و لنا قوله عليه الصلوة و السلام اربع الى الولاة، و ذكر منها الحدود،

استصلاح ملكه، و اظهرهما ان الامام اولى لولايته العامة، و ليخرج عن الخلاف و هذا فيما اذا عاين سيده من العبد، او اقر العبد عنده، اما لو ثبت بالبينة فله فيه قولان، و في حد القذف و القصاص له وجهان (لان له) اي للمولى (ولاية مطلقة عليه) اي على عبده (كالامام بل اولى، لانه يملك من التصرف فيه، ما لا يملكه الامام فصار كالتعزير) حيث يجوز للمولى ان يعزر عبده، بدون اذن الامام (و لنا قوله عليه الصلوة و السلام) اي قول النبي صلي الله عليه وسلم (اربع الى الولاة و ذكر منها الحدود) هذا غريب، و روى ابن ابي شيبة(١) في مصنفه، حدثنا عبدة عن عاصم عن الحسن قال اربعة الى السلطان الصلاة و الزكاة و الحدود، و القصاص حدثنا ابن مهدي عن حماد بن سلمة عن جبلة بن عطية عن عبدالله بن محيريز قال الجمعة و الحدود و الزكاة و الفيء الى السلطان حدثنا عمر بن ايوب عن مغيرة بن زياد عن عطاء الخراساني قال الى السلطان الزكاة و الجمعة و الحدود، و قال الاترازي رحمه الله تعالي و لنا ما روى اصحابنا في كتبهم عن ابن مسعود و ابن عباس و ابن الزبير رضي الله عنهم موقوفا و مرفوعاً اربع الى الولاة، الحدود و الصدقات و الجماعات و الفيء، و كذا قال الكاكي رحمه الله تعالى نحوه، غير انه قال و مرفوعاً الى النبي صلى الله عليه وسلم قال اربع الى الولاة الى آخره و كذا قال الاكمل(٢) فانظر الى هذا التقصير من هؤلاء، كيف سكتوا عن تحرير الحديث الذي ذكره المنصف من غير اصل(٣) و

---

(١) ابن ابي شيبة الحدود الى الامام ص٥٥٣ ج٩ و نصب الراية ص٣٢٦ ج٣. (٢) الاكمل في العناية ص٢١ ج٥ و كذا في المبسوط للسرخسي ص٨١ ج٩ و الفتح ص٢٢ ج٥. (٣) من غير اصل و في الدراية لابن حجر رحمه الله تعالى حديث اربعة الى الولاة لم اجده لكن ذكره ابن ابي شيبة عن الحسن و عبدالله بن محيريز و عطاء الخراساني كما مر آنفا. قال ابوبكر الرازي الجصاص الحنفي رحمه الله تعالى م٣٧٠هـ في احكام القرآن ص٢٨٣ ج٣ فيمن يقيم الحد على المملوك قال ابوحنيفة و ابويوسف و زفر و محمد رحمهم الله تعالى يقيمه الامام دون المولى و ذالك في سائر الحدود و هو قول الحسن بن صالح و قال مالك يحده المولى في الزنا و شرب الخمر و القذف اذا شهد عنده الشهود و لايقطعه في السرقة و انما يقطعه الامام و هو قول الليث بن سعد و قال الشافعي رحمه الله تعالى يحده المولى و يقطعه و قال الثوري يحده المولى في الزنا رواية الاشجعي و ذكر عنه الفريابي ان المولى اذا حد عبده ثم اعتقه جازت شهادته و قال الاوزاعي يحده المولي و روى عن الحسن قال ضمن هولاء اربعا الصلاة و الصدقة و الحدود و الحكم رواه عنه ابن عون و روى عنه بدل الصلاة الجمعة و قال عبدالله بن محيريز الحدود و الفيء و الجمعة و الزكاة الى السلطان و قد روى حماد بن سلمة عن يحيى البكاء عن مسلم بن يسار عن ابي =>

الخصم الذي يحتج لمذهبه بالاحاديث الصحيحة هل يرضى بهذا الحديث الذي ليس له اصل و مما

=> عبد الله رجل من اصحاب النبي صلي الله عليه وسلم و كان ابن عمر يأمرنا ان نأخذ عنه و هو عالم فخذوا عنه فسمعته يقول الزكاة و الحدود و الفيء و الجمعة الى السلطان و قد قيل ان ابا عبدالله هذا يظن انه اخو ابي بكرة و اسمه نافع فهؤلاء السلف قد روى عنهم ذلك و لانعلم عن احد من الصحابة خلافه و قد روى عن الاعمش انه ذكر اقامة عبدالله بن مسعود حدا بالشام و قال الاعمش هم امراء حيث كانوا و جائز ان يكون عبدالله بن مسعود قد كان ولى ذلك لانه لم يذكر ان المحدود كان عبده فان قيل روى عن ابن ابى ليلى انه قال ادركت بقايا الانصار يضربون الوليدة من ولائدهم اذا زنت في مجالسهم قيل له يجوز ان يكونوا فعلوا ذالك على وجه التعزير لا على وجه اقامة الحد لانهم لم يكونوا مأمورين برفعها الى الامام بل كانوا مأمورين بالستر عليها و ترك رفعها الى الامام و الدليل على ان اقامة الحد على الملوك الى الامام دون المولى قوله تعالى و السارق و السارقة فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا و قال الزانية و الزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة و قال في آية اخرى فاذا احصن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب و قد علم من قرع سمعه هذا الخطاب من اهل العلم ان المخاطبين بذلك هم الائمة دون عامة الناس فكان تقديره فليقطع الائمة و الحكام ايديهما و ليجلدهما الائمة و الحكام و لما ثبت باتفاق الجميع ان المامورين باقامة هذه الحدود على الاحرار هم الائمة و لم تفرق هذه الآيات بين المحدودين من الاحرار و العبيد وجب ان يكون فيهم جميعا و ان يكون الائمة هم المخاطبون باقامة الحدود على الاحرار و العبيد دون الموالي و يدل على ذلك ايضا انه لو جاز للمولى ان يسمع شهادة الشهود على عبده بالسرقة فيقطعه ثم يرجع الشهود عن شهادتهم ان يكون له تضمين الشهود و معلوم ان تضمين الشهود يتعلق بحكم الحاكم بالشهادة لانه لو لم يحكم بشهادتهم لم يضمنوا شيأ فكان يصير حاكما لنفسه بايجاب الضمان عليهم و معلوم ان احدا من الناس لايجوز له ان يحكم لنفسه فعلمنا ان المولى لايملك استماع البينة على عبده بذلك و لا قطعه و ايضا فان المولى و الاجنبي سواء في حد العبد و الامة بدلالة ان اقراره به عليه غير مقبول و ان اقرار العبد على نفسه بذلك مقبول و ان جحده المولى فلما كانا في ذلك في حكم الاجنبيين وجب ان يكون المولى بمنزلة الاجنبي في اقامة الحد عليه و انما جاز للحاكم ان يسمع البينة و يقيم الحد لان قوله مقبول في ثبوت ما يوجب الحد عنده فلذلك سمع البينة و حكم بالحد فان قيل يجوز اقرار الانسان على نفسه بما يوجب الحد و لايملك مع ذلك اقامة الحد على نفسه قيل له اذا كان من يجوز اقراره على نفسه و لايقيم الحد على نفسه فمن لايجوز اقراره على عبده احري بان لايقيم الحد عليه فان قيل فلاتجعل قول الحاكم عليه علة جواز اقامة الحد عليه قيل له ان قول الحاكم قد ثبت عندى لايوجب عليه الحد و ليس باقرار منه و انما هو حكم و كذلك البينة اذا قامت عنده فانه يقيم الحد من طريق الحكم فمن لايقبل قوله في الحكم فهو لايملك سماع البينة و لا اقامة الحد فان قيل ان اباحنيفة و ابايوسف لايقبلان قول الحاكم بما يوجب الحد لانهما يقولان لايحكم بعلمه في الحدود قيل له ليس

احتج به الخصم فيما ذهب اليه ما رواه الترمذي(١) باسناده الى ابي عبد الرحمن السلمي رحمه

معنى ذلك ان قول الحاكم غير مقبول اذا قال ثبت ذلك عندي ببينة او باقرار لان من قولهما ان ذلك مقبول و انما معنى قولهما انه لايحكم بعلمه في الحدود انه لو شاهد رجلا على زنا او سرقة او شرب خمر لم يقم عليه الحد بعلمه فاما اذا قال قد شهد عندي شهود بذلك او قال اقر عندي بذلك فان قوله مقبول منه في ذلك و يسع من امره الحاكم بالرجم و القطع ان يرجم و يقطع و احتج المخالف لنا بما روى عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم و قوله اذا زنت امة احدكم فليجلدها و ان عادت فليجلدها و ان عادت فليجلدها و لايثرب عليها فان عادت فليبعها و لو بضفير و قد روى في بعض الفاظ هذا الحديث فليقم عليها الحدّ قال ابوبكر لا دلالة في هذه الاخبار على ما ذهبوا اليه و ذلك لان قوله اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم هو كقوله تعالى و السارق و السارقة فاقطعوا أيديهما و قوله الزانية و الزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة و معلوم ان المراد رفعه الى المام لاقامة الحد فالمخاطبون باقامة الحد هم الائمة و سائر الناس مخاطبون برفعهم اليهم حتى يقيموا عليهم الحدود فكذلك قوله عليه الصلوة و السلام اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم هو على هذا المعنى و اما قوله عليه الصلوة و السلام اذا زنت امة احدكم فليجلدها فانه ليس كل جلد حدا لان الجلد قد يكون على وجه التعزير فاذا عزرناها فقد قضينا عهدة الخبر و لايجوز ان نجلدها بعد ذلك و يدل على انه اراد التعزير قوله لايثرب عليها يعني و لايعيرها و من شأن اقامة الحد ان يكون بحضرة الناس ليكون ابلغ في الزجر و التنكيل فلما قال و لايثرب عليها دل ذلك على انه اراد التعزير لا الحد و يدل عليه قوله صلي الله عليه وسلم في الرابعة فليبعها و لو بضفير و لم يأمر بجلدها و لو كان ذلك حدا لذكره و امر به كما امر به في الاول و الثاني و الثالث لانه لايجوز تعطيل الحدود بعد ثبوتها عند من يقيمها و قد يجوز ترك التعزير على حسب ما يرى الامام فيه من المصلحة فان قيل لو اراد التعزير لوجب ان يكون لو عزرها المولى ثم رفع الى الامام بعد التعزير ان يقيم عليها الحد لان التعزير لايسقط الحد فيكون قد اجتمع عليها الحد و التعزير قيل له لاينبغي لمولاها ان يرفعها الى الامام بعد ذلك بل هو مأمور بالستر عليها لقول النبي صلى الله عليه وسلم لهزال حين اشار على ماعز بالاقرار بالزنا لو سترته بثوبك كان خيرا لك و قال صلى الله عليه وسلم من اتى شيأ من هذه القاذورات فليستتر بستر الله فان من ابدى لنا صفحته اقمنا عليه كتاب الله و ايضا فليس يمتنع اجتماع الحد و التعزير و قد يجب النفي عندنا مع الجلد على وجه التعزير و روى ان النجاشي الشاعر شرب الخمر في رمضان فضربه علي كرم الله وجهه ثمانين و قال هذا لشربك الخمر ثم جلده عشرين و قال هذا لافطارك في رمضان فجمع عليه الحد و التعزير كلما كان ذلك جائزا لم يمتنع لو رفعت هذه الامة بعد تعزير المولى الى الامام ان يحدها حد الزنا انتهى. (١) الترمذي باب ما جاء في اقامة الحد على الاماء ص١٧٣ ج١ و مسلم باب حد الزنا ص٧١ ج٢ و لفظه اقيموا على ارقائكم الحد و النسائي في الكبرى ص٢٩٩ ج٤.

و لان الحد حق الله تعالى لان المقصد منها اخلاء العالم عن الفساد و لهذا لايسقط باسقاط العبد،

الله تعالى قال خطب علي رضي الله تعالى عنه فقال، يا ايها الناس اقيموا الحدود على ارقائكم من احصن منهم و من لم يحصن، و ان امة لرسول الله صلي الله عليه وسلم زنت فامرني ان اجلدها فاتيتها، فاذا هي حديثة عهد بنفاس فخشيت ان انا جلدتها ان اقتلها او قال تموت، فاتيت رسول الله صلي الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال احسنت هذا حديث صحيح و روى الترمذي(١) ايضا عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله صلي الله عليه وسلم اذا زنت امة احدكم فليجلدها ثلاثاً بكتاب الله تعالى فان عادت فليبعها و لو بحبل من شعر و في رواية ابي داود(٢) من حديث علي رضي الله عنه المذكور، و اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم و اجاب الاترازي عن هذا بان ذلك محمول على التسبيب بان يكون المولي سببا في حد عبده، بالمرافعة الي الامام و انما قلنا ذلك، لان ظاهره متروك بالاجماع، لانه يقتضي الوجوب، و لايجب على المولى اقامة الحد على عبده بالاجماع. اما على مذهبنا فظاهر و كذا على مذهبه اي مذهب الشافعي رحمه الله تعالى لان عنده يجوز أن يقيم الحد على عبده، و لايجب عليه، فلما كان الحديث متروك الظاهر حملناه على ما قلنا، و قال الكاكي رحمه الله تعالى و فائدة(٣) تخصيص المماليك انه لايحملهم الشفقة على ملكهم، على الامتناع على اقامة الحد عليهم. (و لان الحد حق الله تعالى) اي فلا يجوز للمولى ان يستوفيه لانه اجنبي في حقه، و لايجوز للاجنبي ان يتصرف في حق غيره (لان المقصد منه اخلاء العالم عن الفساد) ليتحقق الحكومة الى يوم التناد (و لهذا لايسقط باسقاط العبد) فتكون الولاية مستحقة بالنيابة و السلطان نائبه، اما المولي فولايته بالملك فلايصلح نائبا عنه و قد طول الاترازي هنا الكلام بقوله ملخصه و لما قلتم ان الحد حق لله تعالى و نحن لانسلم ذلك و لئن سلمنا، لكن لا نسلم انه حق الله تعالى ينافي كونه

---

(١) الترمذي ايضا و ابوداود باب في الامة تزنى ص٢٦٦ ج٢ عن ابي هريرة و زيد بن خالد الجهني رضي الله تعالى عنهما و مسلم ص٧٠ ج٢ و البخاري باب بيع العبد الزاني ص٢٨٨ ج١ و النسائى في الكبرى ص٢٩٩ ج٤. (٢) و في رواية ابي داود باب في اقامة الحد على المريض ص٢٦٢ ج٢. (٣) و فائدة تخصيص المماليك الخ كذا في الكفاية و لفظه و قوله اقيموا الحدود خطاب للائمة كقوله تعالى فاجلدوا فاقطعوا و فائدة تخصيص المماليك ان لاتحملهم الشفقة على ملكهم على الامتناع عن اقامة الحد عليهم او المراد التسبيب و المرافعة الى الامام و قد يضاف الشيء الى المباشرة تارة و الى السبب اخرى والظاهر هذا لانه خاطب كل الموالي بذالك و كل الموالي لايملكون المباشرة بالاجماع انتهى و نحوه في المبسوط للسرخسي ص٨٢ ج٩.

فيستوفيه من هو نائب عن الشرع، و هو الامام او نائبه، بخلاف التعزير لانه حق العبد و لهذا يعزر الصبي و حق الشرع موضوع عنه. قال و احصان الرجم

حقاً للعبد، و لم لا يجوز ان يكون حقا للمولى ايضا. ثم تكلم بكلام طويل يذهل ذهن الناظر فيه، فنحن نقول ما قاله تاج الشريعة رحمه الله ملخصاً و هو ان الحق يستعمل غير مضاف، و معناه الوجود و الثبوت و يذكر في مقابلة الباطل يقال هذا حق و هذا باطل و يستعمل مضافاً و هو ما استحق به الغير و يطلب منه رعاية جانب الغير على الوجه الذي يليق به، فان حق(١) الله تعالى ما طلبه منه رعاية جانبه على وجه يليق به و هو تعظيمه. و امتثال امره، و حق الانسان ما طلب منه رعاية جانبه منه على وجه يليق به، و هو كونه نافعاً في حقه، دافعاً للضرر عنه، و انما قلنا حق الله لان الجناية وردت على حقه، لان حرمة الزنا و شرب الخمر لحق الله تعالى، و لهذا لايعمل فيه رضى العبد و لايسقط باسقاطه و الواجب بالجناية على حق الغير، يكون منها حقا لذلك الغير، و كذا يستحب للامام الاحتيال فيه للدرء، و لايستحب له ذلك في حق العبد، و لايتمكن من استيفاء كل حق الا صاحبه او نائبه كما في غيره من الحقوق و قياسه على التعزير لايصح، لانه حق العبد اذ المقصود منه التاديب، و لهذا يعزر من لايخاطب لحقوق الله تعالى، كالصبي، و لهذا اي و لاجل كون الحد حق الله تعالى لايسقط باسقاط العبد (فيستوفيه من هو نائب عن الشرع و هو الامام) اي الخليفة (او نائبه) كالقاضي و نحوه (بخلاف التعزير) جواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى فصار كالتعزير بيانه ان التعزير يفارق الحد (لانه حق العبد و لهذا) ايضاح لقوله حق العبد (يعزر الصبي، و حق الشرع) اي و الحال ان حق الشرع (موضوع عنه) لانه غير مخاطب (و احصان الرجم) قيد فيه احترازاً عن احصان القذف، فانه غير هذا على ما يجيء، و الاحصان و التحصين في اللغة المنع قال الله تعالى لتحصنكم من باسكم(٢) و قال في قرى محصنة(٣) و قيل الاصل الدخول في الحصن، و ورد في الشرع(٤) بمعنى الاسلام، و

---

(١) فان حق الله تعالى الخ و في كشاف اصطلاحات الفنون للعلامة محمد اعلى الفاروقي التهانوي المتوفى ص١١٩١هـ ص٣٣٠ المراد بحق الله تعالى في قولهم ما يتعلق به النفع العام للعباد و لايختص به احد كحرمة الزنا فانه يتعلق به عموم النفع من سلامة الانساب عن الاشتباه و صيانة الاولاد عن الضياع و انما نسب الى الله تعالى تعظيما لانه يتعالى عن التضرر و الانتفاع فلايكون حقا له بهذا الوجه و المراد بحق العبد ما يتعلق به مصلحة خاصة كحرمة مال الغير و لذا يباح باباحة المالك و لايباح الزنا باباحة الزوج الخ. (٢) من بأسكم – الانبياء – ٨٠. (٣) محصنة – الحشر – ١٤. (٤) في الشرع الخ كذا في الفتح ص٢٣ ج٥ لابن الهمام و التفصيل في الاوجز كتاب النكاح ما جاء في الاحصان ص٣٠٠ ج٤ و كتاب الحدود ص٢٢ ج٦ و المغنى ==>

أن يكون حراً عاقلاً بالغاً مسلماً قدتزوج امرأة نكاحاً صحيحاً و دخل بها و هما على صفة الاحصان فالعقل و البلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما. و ما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها، و هذه الاشياء من جلائل النعم، و قد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به بخلاف الشرف و العلم،

بمعنى العقل و بمعنى الحرية و بمعنى التزويج، و بمعنى الاصابة في النكاح، و يقال احصنت المرأة اي عفت، و احصنها زوجها. و احصن الرجل تزوج (ان يكون حراً عاقلاً بالغاً مسلماً قد تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً و دخل بها، و هما على صفة الاحصان) هذا لفظ القدوري في مختصره و شرع المصنف رحمه الله تعالى لبيان الشروط بقوله (فالعقل و البلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما) اي دون العقل و البلوغ لقوله عليه الصلوة و السلام رفع القلم(١) عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ و عن الصبي حتى يحتلم و عن المجنون حتى يعقل، و لان الرجم عقوبة، و هما ليسا اهل العقوبة (و ما وراءهما) اي ما وراء العقل و البلوغ من الشرائط (يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة) و ذلك لان الرجم، نهاية في العقوبة فيكون سببه نهاية في الجناية ايضاً، لان المسبب ابداً يثبت بحسب ثبوت السبب حساً و شرعاً، و تناهي الجناية انما يكون اذا وجدت هذه الشرائط في الزاني، اذ عند وجودها يتوافر النعم و الجناية عند توافر النعم اغلظ، و افحش، و اشار اليه بقوله (اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها) اي عند تكثر النعمة و النعمة ما انعم الله على عباده من مال و رزق، كذا في الجمهرة، و في الاصطلاح يعني بها النفع الواصل من جهة الغير من غير سابقة الاستحقاق، على ذلك الغير (و هذه الاشياء) اي الحرية و العقل و البلوغ و الاسلام و الدخول بها في نكاح صحيح و هما على صفة الاحصان (من جلائل النعم) اي من عظائمها (و قد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها) اي عند استجماع هذه الاشياء (فيناط به) اي يتعلق الرجم باستجماع هذه الاشياء، فاذا وجد الزنا عند استجماعها يجب الرجم و الا فلا (بخلاف الشرف و العلم) جواب عما يقول لما كانت الاشياء المذكورة من جلائل النعم، فكانت شرائط الاحصان، و الشرف و العلم ايضا من اجل النعم، فينبغي ان يكونا من شرائط الاحصان،

==> ص١٢٦ ج١٠ و راجع لتحقيق هذه المسئلة المبسوط للسرخسي ص٣٩ ج٩. (١) رفع القلم الحديث اخرجه ابوداود عن عائشة رضي الله تعالى عنها باب المجنون يسرق ص٢٥٦ ج٢ و النسائي كتاب الطلاق باب من لايقع طلاقه الخ ص١٠٣ ج٢ و ابن ماجة باب طلاق المعتوه و الصغير ص١٤٨ و الدارقطني كتاب الحدود ص١٣٩ ج٣ و الحاكم في المستدرك و الدارمي و الطحاوي و نصب الراية كتاب الزكاة ص٣٣٣ ج٢ و كتاب الطلاق ص٢٢٢ ج٣ و البناية كتاب الطلاق ص٣٤٢ ج٦.

لان الشرع ما ورد باعتبارهما، و نصب االشرع بالرأي متعذر، و لان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح و النكاح الصحيح، ممكن من الوطء الحلال، و الاصابة شبع بالحلال. و الاسلام يمكنه من نكاح المسلمة و يؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا، و الجناية بعد توافر الزواجر اغلظ. و الشافعي رحمه الله تعالى يخالفنا في اشتراط الاسلام،

فاجاب عنه بقوله بخلاف الشرف و العلم (لان الشرع ما ورد باعتبارهما) هاهنا لانهما لايضبطان لانه ليس لهما حد معلوم، و الشرف علو الحسب، و حسب الرجل مآثر آبائه (و نصب الشرع بالرأى متعذر) اذ لا دخل للرأي في نصب الشرع لانه صفة وصفه الشارع (و لان الحرية) دليل على الاقتصار على تلك الشرائط فيتضمن بانه لها مدخلا في الاستغناء عن الزنا. دون غيرها من العلم و الشرف، يعني لان الحرية (ممكنة) من التمكين (من النكاح الصحيح، و النكاح الصحيح ممكن) من التمكين ايضاً (من الوطء الحلال، و الاصابة) اي الدخول بالنكاح الحلال (شبع بالحلال) اي شبع للزوج من الزنا، بكسر الشين و فتح الباء يعني يحصل بالنكاح الصحيح، تمكنه في الوطئ الحلال، و بالدخول يحصل الشبع (و الاسلام يمكنه) من التمكين ايضاً (من نكاح المسلمة) يعني الاسلام يحصل به التمكن من نكاح المسلمة (و يؤكد) اي الاسلام (اعتقاد الحرمة) كل واحد منهما نعمة يشترط في احصان الرجم، ليكون وجوب الرجم المتناهي في العقوبة، بعد تكامل النعمة، (فيكون الكل مزجرة عن الزنا) قال الاترازي اي سبب للزجر قلت مصدر ميمي(١) بمعنى الزجر (و الجناية بعد توافر الزواجر) عن الزنا (أغلظ) يعني اشد و الزواجر جمع زاجرة، و اراد بها قوله، و لان الحرية الى هنا، فافهم، و لقائل(٢) ان يقول في العلم باحوال الآخرة، و ما يترتب على الزنا من الفساد عاجلاً، و العقوبة آجلاً من الزواجر لا محالة، و الجمال في المنكوحة مقنع يعني للزوج عن النظر الى غيرها، و الشرف يردع عن لحوق معرة الزنا، و عقابه فكان الواجب ان يكون من شرائطه، و الجواب ان المسلم الناشيء قلما يخلوا عن العلم بما ذكرت، و الجمال و الشرف ليسا لهما حد معلوم يضبطان به فلاتكون معتبرة (و الشافعي يخالفنا في اشتراط الاسلام) حيث يقول الاسلام ليس بشرط في الاحصان، و به(٣) قال احمد رحمه الله

---

(١) مصدر ميمي الخ كما في الحديث السواك مطهرة للفم و مرضاة للرب (مشكوة باب السواك ص٤٤ رواه الشافعي و احمد و الدرمي و النسائى و البخاري في صحيحه بلا اسناد). (٢) و لقائل الخ كذا في العناية ص٢٤ ج٥. (٣) و به قال احمد رحمه الله تعالى كذا في فتح القدير ص٢٤ ج٥ و الاوجز ص٦ ج٦ و المغنى ص١٦٩ ج١٠ و عمدة القاري باب رجم المحصن ص٢٩٠ ج٢٣.

و كذا ابويوسف رحمه الله تعالى في رواية لهما ، ما روي ان النبي عليه الصلوة و السلام رجم يهوديين قد زنيا ، قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ، يؤيده قوله عليه الصلوة و السلام من اشرك بالله فليس بمحصن،

تعالى و مذهب مالك رحمه الله تعالى كقولنا أنه شرط (و كذا ابويوسف رحمه الله تعالى) اي و كذا يخالف ابو يوسف رحمه الله تعالى ايضا في اشتراط الاسلام (في رواية) و هي غير ظاهر الرواية و ثمرة الخلاف، ان الذمي الثيب الحر اذا زنى عندنا يجلد و لايرجم، و عند الشافعي رحمه الله تعالى و من قال يقول يرجم (لهما) اي للشافعي و ابي يوسف رحمهما الله تعالى (ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم يهوديين قد زنيا) هذا الحديث اخرجه الائمة الستة(١) عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما مختصراً و مطولاً و فيه فامر بهما رسول الله صلي الله عليه وسلم فرجما (قلنا كان ذلك) اي رجم النبي صلى الله عليه وسلم اليهوديين (بحكم التوراة) يعني في ابتداء الاسلام و لهذا سألهم(٢) رسول الله صلى الله عليه وسلم عن حد الزنا في التوراة، لما تقرر الاسلام فنسخ ذلك (ثم نسخ يؤيده) اي يؤيد النسخ (قوله عليه الصلوة و السلام) اي قول النبي صلى الله عليه وسلم (من أشرك بالله فليس بمحصن) هذا الحديث(٣) رواه اسحاق بن راهويه في مسنده اخبرنا عبد العزيز بن محمد حدثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اشرك بالله فليس بمحصن قال اسحاق رفعه مرة فقال عن رسول الله صلي الله عليه وسلم و وقفه مرة(٤) و رواه

---

(١) الائمة الستة البخاري كتاب المحاربين باب احكام اهل الذمة و احصانهم اذا زنوا ص١٠١١ ج٢ و مسلم في الرجم ص٦٩ ج٢ و ابوداود باب رجم اليهوديين ص٢٦٢ ج٢ و النسائي في الكبرى اقامة الامام الحد على اهل الكتاب ص٢٩٣ ج٤ و الترمذي باب ما جاء في رجم اهل الكتاب ص١٧٣ ج١ و ابن ماجة باب رجم اليهودي و اليهودية ص١٨٧ و التفصيل في نصب الراية ص٣٢٦ ج٣. (٢) سألهم رسول الله صلى الله عليه وسلم عن حد الزنا الخ و لفظ الحديث عند البخاري ص١٠١١ ج٢ ان اليهود جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا له ان رجلا منهم و امرأة زنيا فقال لهم رسول الله صلي الله عليه وسلم ما تجدون في التوراة في شان الرجم فقالوا نفضحهم و يجلدون قال عبدالله بن سلام رضي الله تعالى كذبتم ان فيها الرجم فاتوا بالتوراة فنشروها فوضع احدهم يده على آية الرجم فقرأ ما قبلها و مابعدها فقال له عبدالله بن سلام ارفع يدك فرفع يده فاذا فيها آية الرجم قالوا صدق يا محمد فيها آية الرجم فامر بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجما الحديث و نحوه في المسلم ص٦٩ ج٢. (٣) هذا الحديث الخ كذا في نصب الراية ص٣٢٧ ج٣ و فتح القدير ٢٤ ج٥ و اعلاء السنن باب اشتراط الاسلام للاحصان ص٥٤٩ ج١١ و ازداد صاحب الاعلاء تحقيقا. (٤) وقفه مرة قال ابن الهمام =>

و المعتبر في الدخول الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل، و شرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول. حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية لايكون محصناً،

الدارقطني(١) من طريق اسحاق، و قال الاترازي رحمه الله تعالى و لنا ما روى اصحابنا في كتبهم عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه ثم ذكر الحديث، و كانه لم يطلع على شيء غير ذلك فلذالك قال و لنا ما روى اصحابنا و لم يذكر شيئا غير ذلك. (و المعتبر في الدخول) يعني في قوله نكاحاً صحيحاً و دخل بها (الايلاج) اي الدخول و اصله الاولاج قلبت الواو ياء بسكونها، و انكسار ما قبلها لانه من ولج ولوجاً، اي دخل و اولج ايلاجاً اي ادخل (في القبل) اي في الفرج (على وجه يوجب الغسل) يعني بالتقاء الختانين، قال الاكمل(٢) فيه نظر، لانه ينافي ما تقدم من قوله و الاصابة شبع بالحلال، فان الشبع انما يكون بالانزال، دون الايلاج عرف ذلك في حديث رفاعة(٣) رضي الله تعالى عنه حيث قال عليه الصلوة و السلام لا حتى تذوقى عسيلته و يذوق عسيلتك قلت و لا وجه لنظره لانه ذهل عما قاله الاصحاب، ان الشرط الدخول، في التحليل، و الشرط الايلاج دون الانزال، لانه كمال، و الشرط ان يكون موجباً للغسل و هو التقاء الختانين، و العسيلة كناية عن لذة الجماع دون الانزال، و شذ الحسن البصري رحمه الله تعالى في قوله العسيلة الانزال. (و شرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول) اي في الزوج و الزوجة يعني شرطت في قول القدوري و دخل بها و هما على صفة الاحصان و فائدته ما اشار بقوله (حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية لايكون محصناً) و قال الحاكم الشهيد في الكافي قال ابو يوسف رحمه الله تعالى يكون محصناً بجماع الكافرة، هذا هو ظاهر الرواية عن ابي يوسف رحمه الله تعالى و روى الطحاوي و الكرخي في غير ظاهر الرواية عن ابي يوسف

=> رحمه الله تعالى في الفتح ص٢٤ ج٥ و لاشك ان مثله بعد صحة الطريق اليه محكوم برفعه على ما هو المختار في علم الحديث من انه اذا تعارض الرفع و الوقف حكم بالرفع و قال الشيخ العثماني في الاعلاء ص٥٥٠ ج١١ بعد البحث و التحقيق و بالجملة فالحديث (حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما المذكور) حسن مرفوعا قال شيخ الحديث رحمه الله تعالى في الاوجز ص٦ ج٦ و في المحلى عن ابن الهمام لما ثبت النص المفيد لاشتراط الاسلام و جهل التاريخ يرجح القول على الفعل و ايضا يقدم النص الدارئ للحد على غيره و راجع للتفصيل فتح القدير ص٢٥ ج٥. (١) الدارقطني كتاب الحدود ص١٤٧ ج٣. (٢) الاكمل في العناية ص٢٥ ج٥. (٣) حديث رفاعة رضي الله تعالى عنه رواه الائمة الستة عن عائشة رضي الله تعالى عنها راجع له البناية باب الرجعة فصل فيما تحل به المطلقة ص١٢٥ ج٧ و نصب الراية ص٢٣٧ ج٣ و فتح القدير ص٣٢ ج٤.

و كذا اذا كان الزوج موصوفاً باحدى هذه الصفات، و هي حرة مسلمة عاقلة بالغة، لان النعمة بذلك تتكامل، اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة، و قلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها(١) و في المنكوحة المملوكة(٢) حذرا عن رق الولد و لا ائتلاف مع الاختلاف في الدين. و ابويوسف يخالف(٣) في الكافرة، و الحجة عليه ما ذكرناه. و قوله عليه الصلوة و السلام لاتحصن المسلم اليهودية و لا النصرانية و لا الحر الامة و لا الحرة العبد.

رحمه الله تعالى ان النصارى يحصن بعضهم بعضاً، و ان المسلم يحصن النصرانية و هي لاتحصن المسلم (و كذا اذا كان الزوج) هو ايضا من فائدة شرط الاحصان فيهما، عند الدخول، اي و كذا لايكون الزوج محصناً اذا كان (موصوفاً باحدى هذه الصفات) و هي الكفر و الرقية و الجنون و الصبا (و هي) اي و الحال ان المرأة (حرة عاقلة بالغة مسلمة لان النعمة بذلك) اي بما ذكر من الحرية و العقل و البلوغ و الاسلام (تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة و قلما يرغب في الصبية لقلة رغبتهما) اي رغبة الزوجين (فيه) اي في الصبا (و في المنكوحة المملوكة حذرا عن رق الولد، و لا ائتلاف مع الاختلاف في الدين) فلا تتكامل النعمة ما لم تنتف هذه العوارض، فان قلت(٤) كيف يتصور ان يكون الزوج كافراً و المرأة مسلمة قلنا يتصور فيما اذا كانا كافرين فاسلمت المرأة ثم دخل بها الزوج، فانهما بعد زوجان ما لم يفرق القاضي بالاباء عند عرض الاسلام. (و ابويوسف رحمه الله تعالى يخالفنا في الكافرة) حيث يقول المرأة الكافرة لاتمنع احصان الرجل، و قد مر الكلام فيه آنفاً (و الحجة عليه) اي على ابي يوسف رحمه الله تعالى (ما ذكرناه) يعني(٥) من قوله و لا ائتلاف مع الاختلاف في الدين (و قوله عليه الصلوة و السلام لايحصن المسلم اليهودية و لا النصرانية و لا الحر الامة و لا الحرة العبد) و قال الاترازي هذا الحديث مذكور مرسلاً هكذا في باب الاحصان من مبسوط شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى و لكن محمداً قال في الاصل لايحصن الرجل المسلم الا المرأة المحصنة، اذا دخل بها ثم قال، بلغنا ذلك عن عامر و ابراهيم النخعي، و قال الاكمل(٦) ذكر هذا شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالي مرسلاً في مبسوطه قلت هذا الحديث غريب(٧) ليس له اصل و روى ابن ابي

---

(١) رغبتها - ن - رغبتهما فيه. (٢) المنكوحة المملوكة - ن - المملوكة. (٣) يخالف - ن - يخالفهما - ن - يخالفنا. (٤) فان قلت الخ كذا في العناية و الكفاية. (٥) يعني الخ كذا في العناية و الكفاية و في حاشية سعدي چلپى ص٢٥ ج٥ قال الاتقاني قوله و الحجة عليه ما ذكرناه اي الحجة على ابي يوسف رحمه الله تعالى قوله عليه الصلوة و السلام من اشرك الله فليس بمحصن الخ و انت خبير بفساده و الصحيح ما ذكره الشيخ اكمل الدين انتهى. (٦) الاكمل في العناية ص٢٥ ج٥. (٧) غريب كذا في نصب الراية ص٣٢٨ ج٣ و ليس فيه =>

قال و لايجمع في المحصن بين الرجم و الجلد لانه عليه الصلوة و السلام لم يجمع،

شيبة(١) في مصنفه و من طريقه الطبراني في معجمه و الدارقطني في سننه و ابن عدي في الكامل من حديث ابي بكر بن ابي مريم عن علي بن ابي طلحة عن كعب بن مالك رضي الله تعالى عنه انه اراد ان يتزوج يهودية فقال له النبي صلي الله عليه وسلم لاتتزوجها فانها لاتحصنك قال الدارقطني و ابوبكر بن ابي مريم ضعيف و ان علي بن ابي طلحة لم يدرك كعباً و قال ابن عدي ابوبكر بن ابي مريم الغساني ممن لايحتج بحديثه، و يكتب احاديثه فانها صالحة، و قال ابن القطان هذا حديث ضعيف و منقطع (قال) اي القدوري (و لا يجمع في المحصن بين الجلد و الرجم) هذا لفظ القدوري، و قال المصنف رحمه الله تعالى (لانه عليه الصلوة و السلام) اي لان النبي صلى الله عليه وسلم (لم يجمع) اي بينهما، لان في حديث ماعز رضي الله تعالى الرجم فقط(٢) و ليس فيه الجلد، حتى ان الاصوليين استدلوا على تخصيص الكتاب بالسنة فانه عليه

=> جملة ليس له اصل. (١) ابن ابي شيبة في الرجل يتزوج المرأة من اهل الكتاب الخ ص٦٧ ج١٠ حديث ٨٨٠، و من طريقه الطبراني في معجمه و الدارقطني في سننه ص١٤٨ ج٣ و ابن عدي في الكامل كذا في نصب الراية و اطنب الزيلعي الكلام في تحقيق اسناده و اخرجه البيهقي في سننه ص٢١٦ ج٨ باب من قال من اشرك بالله فليس بمحصن و آثار الباب المختلفة في مصنف ابن ابي شيبة ص٦٦ ج١٠ و ماحوله و مسند عبدالرزاق ص٣٠٨ ج٧ و ماحوله و سنن البيهقي ص٢١٦ ج٨ و ماحوله و من تلك الآثار عن طاوس رحمه الله تعالى انه كان لايرى ان يحصن الحر الا الحرة المسلمة اخرجه ابن ابي شيبة ص٦٧ ج١٠ و اخرج عن ابراهيم و الشعبي في الحر يتزوج اليهودية و النصرانية ثم يفجر قالا يجلد و لايرجم و اخرج عبدالرزاق ص٣٠٨ ج٧ عن الشعبي قال لايحصن الحر بالنصرانية و قاله ابراهيم ثم اخرج عن ابراهيم قال لاتحصن المسلم اليهودية و لا النصرانية و اخرج عن الحسن والنخعي قالا لاتحصن الامة الحر ص٣٠٦ ج٧ و عن الشعبي قال لايحصن الحر بالمملوكة و قاله ابرهيم و عن النخعي قال لايحصن العبد الحرة و عن عطاء نحوه و اخرج ابن ابي شيبة ص٦٦ ج١٠ عن ابراهيم في العبد تكون تحته الحرة و الحر تكون تحته الامة فيزني احدهما قال ليس على واحد منهما رجم حتى يكونا مسلمين و الآثار المخالفة ايضا مذكورة عند عبدالرزاق و ابن ابي شيبة في ماحول الصفحات المسطورة. (٢) الرجم فقط قال الزيلعي رحمه الله تعالى في نصب الراية ص٣٢٨ ج٣ روى انه عليه الصلوة و السلام لم يجمع في المحصن بين الجلد و الرجم - قلت - فيه حديث العسيف و حديث ماعز رضي الله تعالى عنهما فحديث العسيف رضي الله تعالى عنه اخرجه اصحاب الكتب الستة عن ابي هريرة و زيد بن خالد رضي الله تعالى عنهما ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث ففيه امر الرجم فقط و الحديث عند البخاري باب الاعتراف بالزنا ص١٠٠٨ ج٢ و مسلم في الحدود ص٦٩ ج٢ و ابي داود باب في المرأة التي امر النبي صلى الله عليه وسلم برجمها ص٢٦٢ ج٢ و الترمذي باب ماجاء في الرجم على الثيب ص١٧٢ ج١ و النسائي في الكبرى كتاب =>

الصلوة و السلام رجم ماعزاً و لم يجلده، لان آية الجلد شاملة للمحصن وغيره، و هو قول(١) مالك و الشافعي و الزهري و الاوزاعي و النخعي و الثوري و ابي ثور و احمد في رواية. و عند احمد في رواية و داود يجلد مائة و يرجم، و اختاره ابن المنذر من اصحاب الشافعي رحمه الله تعالى لما روى مسلم(٢) عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال قال رسول الله صلي الله عليه وسلم خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً البكر بالبكر جلد مائة و نفي سنة، و الثيب بالثيب جلد مائة و الرجم و روى احمد(٣) ثم البيهقي من رواية الشعبي عن علي رضي الله تعالى عنه انه جلد شراحة يوم الخميس و رجمها يوم الجمعة، و قال جلدتها بكتاب الله عزوجل و رجمتها بسنة رسول الله صلي الله عليه وسلم اجيب عن حديث عبادة رضي الله تعالى عنه بانه منسوخ، لان اول آية نزلت في هذا الباب قوله تعالى و اللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم الى قوله او يجعل الله لهن سبيلاً(٤) ثم نسخ بقوله عليه الصلوة و السلام خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً ... الحديث و لم يكن بين الحديث و بين الآية حكم آخر ثم حديث ماعز رضي الله تعالى عنه يكون

=> الرجم ص٢٨٥ ج٤ حديث ٧١٩٠ الى ٧١٩٣ و ابن ماجة باب حد الزنا ص١٨٦ و قال ابن الهمام في الفتح ص٢٦ ج٥ للجمهور (القائلين بعدم الجمع) انه عليه الصلوة و السلام لم يجمع و هذا على وجه القطع في ماعز و الغامدية و صاحبة العسيف و قد تظافرت الطرق عنه عليه الصلوة و السلام انه بعد سواله عن الاحصان و تلقينه الرجوع لم يزد على الامر بالرجم فقال اذهبوا به فارجموه و قال اغد يا انيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها و لم يقل فاجلدها ثم ارجمها و قال في باقي الحديث فاعترفت فامر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت و كذا في الغامدية و الجهينية ان كانت غيرها لم يزد على الامر برجمها و تكرر و لم يزد احد على ذلك فقطعنا بانه لم يكن غير الرجم فقوله عليه الصلوة و السلام خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة و تغريب عام و الثيب بالثيب جلد مائة و رجم او رمى بالحجارة يجب قطعا كونه منسوخا انتهى و في عمدة القاري باب رجم المحصن ص٢٩٠ ج٢٣ قال ابويوسف و الشافعي و احمد رحمهم الله تعالى الاسلام ليس بشرط لانه صلى الله عليه وسلم رجم يهوديين قلنا كان ذالك بحكم التوراة قبل نزول آية الجلد في اول ما دخل صلى الله عليه وسلم المدينة فصار منسوخا بها. انتهى. (١) و هو قول مالك رحمه الله تعالى الخ راجع فتح القدير ص٢٦ ج٥ و اعلاء السنن باب لايجمع في الثيب بين الرجم و الجلد ص٥٩٣ ج١١ و المغنى ص١٢٥ ج١٠ و تكملة المجموع ص٧ ج٢٠. (٢) مسلم باب حد الزنا ص٦٥ ج٢ و نصب الراية ص٣٢٩ ج٣. (٣) احمد في مسند علي رضي الله تعالى عنه ص١٢١ ج١ و سنن البيهقي كتاب الحدود باب من اعتبر حضور الامام و الشهود ص٢٢٠ ج٨ و نصب الراية ص٣١٩ و ٣٢٠ ج٣. (٤) سبيلا- النساء- ١٥.

و لان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره، يحصل بالرجم، اذ هو في العقوبة اقصاها

متأخراً عن حديث عبادة لا محالة و الحكم المتأخر ينسخ المتقدم لا محالة اذا كان بين الحكمين مخالفة فان قلت كيف يصح دعوى النسخ و حديث علي رضي الله تعالي عنه يرد هذا قلت قد ثبت اجماع الصحابة رضي الله عنهم قبل ذلك بخلافه في خلافة عمر رضي الله عنه فاجماعهم اولى من تفرده بحكم بعد الاجماع المصون، و ذلك عن عمر رضي الله عنه في خلافته رجم و لم يجلد بحضرة اصحاب رسول الله صلي الله عليه وسلم و لم يخالفه احد، فحل محل الاجماع(١) و جواب آخر يحتمل ان يكون علي رضي الله تعالى عنه جلدها، لانه لم يثبت عنده احصانها ثم لما ثبت احصانها رجمها و قال جلدتها بكتاب الله تعالى، و هو قوله الزانية و الزاني فاجلدوا(٢) و رجمتها بالسنة حين ثبت الاحصان. و قال الحازمي في كتابه و روى حديث ماعز رضي الله عنه جماعة كسهل بن سعد و ابن عباس و نفر(٣) تأخر اسلامهم. و حديث عبادة رضي الله تعالى عنه كان في اول الأمر، و بين الزمانين مدة (و لان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم) يعني اذا حصل الرجم يحصل المقصود، و هو العقوبة المتناهية، و هو الرجم، فلا حاجة الى ما دونه و هو الجلد (لان زجر غيره) اي غير الزاني (يحصل بالرجم اذ هو) اي الرجم (في العقوبة اقصاها) لانه

---

(١) الاجماع و في فتح القدير ص٢٦ ج٥ و اما جلد علي رضي الله تعالى عنه شراحة (بضم الشين و خفة الراء) ثم رجمها فاما لانه لم يثبت عنده احصانها الا بعد جلدها او هو رأى لايقاوم اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم و لا ما ذكرنا من القطع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم و في اعلاء السنن ص٥٩٣ ج١١ عن الزهري ان ابابكر و عمر رضي الله تعالى عنهما رجما و لم يجلدا اخرجه ابن حزم في المحلى ص٢٣٣ ج١١ بسنده و لم يعله بشيء و رجاله كلهم ثقات الا انه مرسل - عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهم قال ان عمر رضي الله تعالى عنه رجم و لم يجلد كذا في المحلى و سنده حسن و راجع لآثار اخرى المتعلقة بالموضوع اعلاء السنن ص٥٩٤ الى ٦٠١ ج١١. (٢) فاجلدوا - النور - ٢. (٣) نفر - ذكر الزيلعي رحمه الله تعالى في نصب الراية حديث ماعز رضي الله تعالى عنه عن جماعة الصحابة تحت مسائل شتى مثلا ص٣١٢ ج٣ عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه عند الصحيحين و عن جابر و ابن عباس رضي الله تعالى عنهم عند مسلم و ص٣١٣ عن نعيم بن هزال رضي الله تعالى عند ابي داود و النسائي و احمد و ص٣١٤ عن ابي ذر رضي الله تعالى عنه عند احمد و عن ابي بكر الصديق رضي الله تعالى عنه عند احمد و اسحاق بن راهويه و ابن ابي شيبة و ص٣١٥ عن بريدة رضي الله تعالى عنه عند مسلم فهذه الاحاديث السبعة تدل ان ماعزا رضي الله تعالى لم يجلد بل رجم فقط بامره صلي الله عليه وسلم.

و زجره لايحصل بعد هلاكه. قال و لايجمع في البكر بين الجلد و النفي و الشافعي رحمه الله تعالى يجمع بينهما حداً لقوله عليه الصلوة و السلام البكر بالبكر جلد مائة و تغريب عام،

لا عقوبة فوقها (و زجره) اي و زجر الزاني (لايحصل بعد هلاكه) يعني اذا كان الزجر للزاني فزجره بعد هلاكه بالرجم لايكون فلا يجمع بينهما (قال) اي القدوري رحمه الله تعالي (و لا يجمع في البكر بين الجلد و النفي) و قال المصنف (و الشافعي رحمه الله تعالى(١) يجمع بينهما) اي بين الجلد و النفي (حداً) اي من حيث الحد يشير به الى ان النفي عندنا يجوز بطريق التعزير و السياسة (لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلي الله عليه وسلم (البكر بالبكر جلد مائة و تغريب عام) هو حديث رواه مسلم(٢) عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه و قد ذكر عن قريب. و روى البخاري(٣) عن زيد بن خالد عن النبي صلى الله عليه وسلم انه امر فيمن زنى و لم يحصن بجلد مائة و تغريب عام و البكر بكسر الباء خلاف الثيب، و يقعان على الرجل و المرأة، و معنى البكر بالبكر حد زنى البكر او زنا بالبكر حده كذا و بقول الشافعي قال احمد و هو قول الثوري و الاوزاعي و الحسن بن صالح و عبدالله بن المبارك و اسحاق رحمهم الله قالوا يجلد و ينفى سنة ان كان البكر حراً، و في العبد ثلاثة اقوال عن الشافعي في قول يغرب ستة اشهر و في قول سنة، و في قول لايغرب اصلا بل يجلد خمسين و قال مالك يجمع بينهما في الرجل دون المرأة و العبد و عن الشافعي(٤) رحمه الله تعالى في قول تغريب المرأة مع محرم، و

---

(١) و الشافعي رحمه الله تعالى الخ راجع فتح القدير ص٢٧ ج٥ فانه اطنب و اجاد و افاد و الاعلاء باب ان لايجمع في البكر بين الجلد و النفي ص٢٠١ ج١١ و مابعده و الاوجز ص١٩ ج٦ و المغنى ص١٣٣ج١٠ و تكملة المجموع ص٩ ج٢٠ و العمدة باب البكران يجلدان و ينفيان ص١٣ ج٢٤ و فتح الباري ص١٩١ ج١٢ الباب المذكور و شرح المسلم للنووي ص٦٥ ج٢. (٢) مسلم باب حد الزنا ص٦٥ ج٢ و نصب الراية ص٣٢٩ ج٣ و ابوداود باب في الرجم ص٢٥٨ ج٢ و الترمذي باب ما جاء في النفي ص١٧٣ ج١. (٣) البخاري باب البكران يجلدان و ينفيان ص١٠١٠ ج٢ و اخرج ايضا عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه نحوه. (٤) و عن الشافعي رحمه الله تعالى الخ و نحوه في فتح القدير و في فتح الباري ص١٩٢ ج١٢ و اختلف في المسافة التي ينفي اليها فقيل هو الى رأى الامام و قيل يشترط مسافة القصر و قيل الى ثلاثة ايام و قيل الى يومين و قيل يوم و ليلة و قيل من عمل الى عمل و قيل الى ميل و قيل الى ما ينطلق عليه اسم نفي و شرط المالكية الحبس في المكان الذي ينفى اليه وفي المغني ص١٣٥ ج١٠ و يغرب البكر الزاني حولا كاملا فان عاد قبل مضي الحول اعيد تغريبه حتى يكمل الحول مسافرا و يبنى على ما مضى و يغرب الرجل الى مسافة القصر فاما المرأة فان خرج معها محرمها نفيت الى مسافة القصر و ان لم يخرج معها محرمها فقد نقل عن احمد رحمه الله تعالى انها =>

و لان فيه حسم(١) باب الزنا، لقلة المعارف، و لنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعاً الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور. و لان في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة، ثم فيه قطع مواد البقاء، فربما تتخذ زناها مكسبة

اجرته عليها في قول و على بيت المال في قول، و ان امتنع المحرم قيل يجبره السلطان على الخروج معها. و قيل لا، و اذا كانت الطريق آمنة ففى تغريبها بغير محرم وجهان، و لاينقص في مسافة الغربة عن مرحلتين، و له الخيار في جهات السفرفان رجع الغريب الى بلده لم يتعرض له، و اذا عاد الغريب يخرج ثانياً و لا يحسب المدة الماضية. و من نفى يحبس في الموضع الذي ينفي اليه (و لان فيه) اي في النفي (حسم باب الزنا) اي قطعه (لقلة المعارف) لان الزنا انما يكون بالمصاحبة و المحادثة مع الاحباب و الحبائب عند فراغ القلب، و الغربة تفوت هذه الاشياء و تمنع عنها (و لنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعاً الى حرف الفاء) بيانه(٢) ان الله تعالى جعل جزاء كل واحدة من الزانية و الزاني الجلد لا غير، و هذا لان الفاء للجزاء و الجزاء عبارة عن الكافي فينبغي عدم وجوب غيره، كما اذا قال لمرأته ان دخلت الدار فانت طالق واحدة، فاذا وجد الشرط يقع طلقة واحدة لا غير، لانها هي الجزاء فلايجب النفي اذا (او الى كونه كل المذكور) اي او رجوعا(٣) الى كون الجلد كل المذكور في الآية، لان المذكور فيها هو الجلد لا غير، فاذا كان كل المذكور يكون كل الواجب لانه لو كان يجب شيء آخر لبينه، لان الموضع موضع يحتاج اليه في البيان، و ترك البيان في مثل هذا الموضع لايجوز للزوم الاخلال (و لان في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة) هذا جواب عن قول الخصم، و لان فيه حسم باب الزنا.... الى آخره بيانه ان الانسان يمتنع من الزنا في بلدته استحياء من اقاربه و عشائره و بعض معارفه ففي الغربة يرتفع الحياء فيقع في الفاحشة و يفتح له باب الزنا لعدم من يستحي منه، و ان كان النفي للمرأة تحتاج الى النفقة لا محالة، و هي عاجزة عن الكسب فتتخذ الزنا مكسبة فتتقعد قحبة و ذلك من اقبح وجوه الزنا و افحشها و اشار الى قولنا و ان كان النفي للمرأة... الى آخره بقوله (ثم فيه) اي في النفي (قطع مواد البقاء) و هوالكسب لما يحتاج اليه من الماكول و المشروب (فربما تتخذ) اي المرأة تتخذ (الزنا مكسبة) لانها لما تباعدت عن الاقارب و الاوطان و نزلت في الرباط و الخان اخرجها انقطاع مواد المعاش على اتخاذ الزنا مكسبة

=> تغرب الى مسافة القصر كالرجل و هذا مذهب الشافعي رحمه الله الخ. (١) الحسم - القطع و الانسب سد باب الزنا حاشية الچلپی. (٢) بيانه الخ كذا في العناية ص٢٦ ج٥ و الكفاية و الفتح. (٣) او رجوعا الخ كذا في العناية و الكفاية.

و هو من اقبح وجوه الزنا، و هذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله تعالى عنه كفى بالنفي فتنة، و الحديث منسوخ كشطره و هو قوله عليه الصلوة و السلام الثيب بالثيب جلد مائة و رجم بالحجارة، و قد عرف طريقه

لانقطاع الموانع و المدافع من العشائر (و هو من اقبح وجوه الزنا) يعني هذا اقوى مما قاله الخصم (و هذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله عنه) يجوز بكسر الجيم و فتحها قال الكاكي يعني رجحه قول علي رضي الله عنه و اللام للتعليل. و قال الاكمل(١) مرجحة نقل بفتح الجيم و كسرها فوجه الفتح ان هذه الجهة من العلة اقوى من علة الخصم بشهادة قول علي رضي الله عنه لصحة ما قلنا. و وجه الكسر ان الخصم ينكر صحة نقل علي رضي الله عنه فقال المصنف هذه الجهة من جهات العلل تؤيد صحة قول علي رضي الله عنه فكانت اللام للصلة داخلة على المفعول، كما في قوله تعالى و الذين هم للزكاة فاعلون(١) و في الوجه الاول كانت للتعليل، ثم قال ملخصا من كلام السغناقي فان قيل الاصل ان ما يصلح علة لايصلح مرجحاً و هذه الجهة علة فكيف صلحت مرجحة اجيب بان هذه الجهة ليست بمثبتة للحد، بل هي نافية، مع ان النفي ليس بحكم واجب في الحد فيصلح للترجيح ففي مثل هذا الموضع تذكر العلل موضحاً بعضها بعضاً و ما ارى اختيار المصنف رحمه الله لفظ الجهة على لفظ العلة الا لهذا (و كفى بالنفي فتنة) هذا(٢) رواه عبدالرزاق و محمد بن الحسن رحمه الله تعالى في كتابه الآثار قال اخبرنا ابوحنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي قال قال عبدالله بن مسعود رضي الله تعالى عنه في البكر يزني بالبكر قال يجلدان مائة و ينفيان سنة قال، و قال علي رضي الله عنه حسبهما من فعل الفتنة ان ينفيا و روى محمد بن الحسن الشيباني اخبرنا ابوحنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي قال كفى بالنفي فتنة (و الحديث منسوخ كشطره) اراد بالحديث قوله البكر بالبكر جلد مائة و تغريب عام، و هو منسوخ كشطره اي شطر الحديث (و هو قوله عليه الصلوة و السلام الثيب بالثيب جلد مائة و رجم بالحجارة) و العجب من الخصم انه يحكم في الحديث الواحد بان نصفه منسوخ و نصفه لا (و قد عرف طريقه) اي طريق نسخ قوله عليه الصلوة و السلام

---

(١) الاكمل في العناية ص٢٧ ج٥. (٢) فاعلون – المؤمنون – ٤. (٣) هذا رواه عبدالرزاق الخ كذا في فتح القدير ص٢٨ ج٥ و نصب الراية ص٣٣٠ ج٣ و عند عبدالرزاق في مصنفه باب النفي ص٣١٥ ج٧ و كتاب الآثار للامام محمد رحمه الله تعالى باب البكر يفجر بالبكر و روى عبدالرزاق باب النفي ٣١٤ ج٧ حديث ١٣٣٢٠ و لفظه ان ابابكر بن امية بن خلف غرب في الخمر الى خيبر فلحق بهرقل قال فتنصر فقال عمر رضي الله تعالى لا اغرب مسلما بعده ابدا و نحوه عند الزيلعي ص٣٣١ ج٣.

في موضعه. الا ان يرى الامام في ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى، و ذلك تعزير و سياسة، لانه قد يفيد في بعض الاحوال، فيكون الرأي فيه الى

البكر بالبكر جلد مائة و تغريب عام (في موضعه) يعني في طريقة الخلاف قاله الاترازي و قال الكاكي رحمه الله تعالى في موضعه من التفاسير و كتاب الناسخ و المنسوخ فان قيل(١) هذا اثبات النسخ بالقياس. اجيب بانه بيان لكون الحديث منسوخا بناسخ، و لم يبين ان الناسخ ما هو، والناسخ حديث ماعز رضي الله او قوله تعالى الزانية و الزاني فاجلدوا لانه عليه الصلوة و السلام قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً و لو كانت هذه الآية نزلت من قبل لقال خذوا عن القرآن فدل على ان الآية متأخرة ناسخة لحديث التغريب (الا ان يرى الامام مصلحة) استثناء من قوله و لايجمع في البكر بين الجلد و النفي يعني اذا رأى الامام مصلحة للنفي (فيغربه على قدر ما يرى، و ذلك تعزير و سياسة) لا على انه حد (لانه يفيد في بعض الاحوال، فيكون الرأي فيه الى

---

(١) فان قيل الخ كذا في العناية و غيه و حاصل ذالك ان حكم الزنا في الابتداء كان امساك الزواني في البيوت حتى يتوفاهن الموت و الايذاء باللسان فانتسخ ذالك بقوله عليه الصلوة و السلام خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ثم انتسخ هذا الحديث بقوله تعالى الزانية و الزاني و الدليل على ان الحديث مقدم على قوله تعالى الزانية و الزاني ان النبي صلي الله عليه وسلم قال خذوا عني و لو كان انتساخ امساك الزواني في البيوت بقوله تعالى الزانية و الزاني لقال عليه الصلوة و السلام خذوا عن الله و هذه الدلالة التي هي دلالة التقدم ههنا مثل دلالة التقدم في حديث العرنيين و اليه اشار بقوله في الكتاب و قد عرف طريقه في موضعه اي دل في حديث العرنيين دال على انه مقدم على قوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا البول و هو جواز المثلة فكذالك ههنا دل الدال على ان الحديث مقدم على قوله تعالى الزانية و الزاني و هو ما ذكرنا هذا ما ذكره في النهاية و تبعه غيره من الشارحين انتهى و كذالك في الكفاية و لفظه و قد عرف طريقه في موضعه و هو ما ذكر في حديث العرنيين فان قوله عليه الصلوة و السلام استنزهوا البول يعارضه امره عليه الصلوة و السلام للعرنيين بشرب ابوال الابل رجعنا الى التاريخ و قلنا قد قام دليل سبق حديث العرنيين و هو انه به شيئان المثلة و اباحة شرب البول ثم المثلة لما ثبت انها كانت في ابتداء الاسلام ثم نسخت فثبت ان اباحة الشرب صارت منسوخة بقوله استنزهوا البول لانها شطر حديث العرنيين فكذالك قد قام الدليل على تقدم الحديث على قوله تعالى الزانية و الزاني الآية و ذالك ان حكم الزنا كان في ابتداء الاسلام الحبس في البيوت و الايذاء باللسان بقوله تعالى فامسكوهن في البيوت و بقوله تعالى فآذوهما ثم نسخ ذالك بالحديث قد جعل لهن سبيلا خذوا عني الثيب بالثيب الحديث فلو كان قوله الزانية و الزاني قد نزل قبل هذا الحديث لقال عليه الصلوة و السلام خذوا عن الله فلما قال خذوا عني علم ان قوله الزانية و الزاني لم يكن نزل فاذا ثبت نسخ شطر الحديث و هو قوله عليه الصلوة و السلام الثيب بالثيب الحديث بقوله الزانية و الزاني فكذلك الشطر الثاني انتهى باختصار ما.

الامام، و عليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم.

الامام) و هذا لايختص بالزنا، بل يجوز ذالك في كل جناية، الا ترى انه عليه الصلوة و السلام نفى(١) هيت المخنث من المدينة و نفى عمر رضي الله تعالى عنه نصر بن الحجاج من المدينة حين سمع قائلة تقول:

هل(٢) من سبيل الى خمر فاشربها او من سبيل الى نصر بن حجاج
الى فتى ماجد الأعراق متقبل تضئ صورته في الحالك الداجي

و ذلك لايوجب النفي، و لكن فعل ذلك لمصلحة فقال ما ذنبي يا أمير المؤمنين، فقال لا ذنب لك، و انما الذنب علي حيث لا اطهر دار الهجرة عنك. قلت قائلة هذا الشعر الفريعة بنت همام ام الحجاج بن يوسف كانت تحت المغيرة، و نصر بن حجاج كان من بني سليم، و كان جميلاً رائعا و لما سمع عمر ذلك سير نصر الى البصرة، و كان عمر رضي الله عنه سمع قائلا ايضا بالمدينة يقول

اعوذ برب الناس من شر معقل اذا معقل راح البقيع مرجلاً

يعني معقل بن سنان الاشجعي و كان جميلاً قدم المدينة فقال عمر رضي الله عنه الحق ببايتك، فقال رجل شعره اذا جعده (و عليه) اي على ما ذكر من التعزير و السياسة (يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم) و روى الترمذي(٣) حدثنا ابوكريب و يحيى بن اكثم قالا

---

(١) نفي هيت - اخرج البيهقي في السنن باب ما جاء في نفي المخنثين ص٢٢٤ ج٨ عن موسى بن عبدالرحمن قال كان المخنثون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة ماتع و هدم و هيت و نفى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحبيه معه هدم و الآخر هيت انتهى ملخصا و راجع لهذا الموضوع فتح الباري باب نفي اهل المعاصي و المخنثين ص١٩٥ ج١٢ و عمدة القاري الباب المذكور ص١٤ ج٢٤ و اطال الكلام المؤلف العلام العيني في باب ما ينهى من دخول المتشبهين بالنساء على المرأة في اواخر النكاح ص٢١٥ ج٢٠ و كذا الحافظ في فتح الباري ص٤١٧ ج٩. (٢) هل الخ كذا في فتح القدير و العناية لكن المصرع الاخير من الشعر الثاني مختلف و هو سهل المحيا كريم غير ملجاج مكان تضيء صورته الخ نحوه في الاعلاء ص٦٠٨ ج١١. (٣) الترمذي باب ما جاء في النفي ص١٧٣ ج١ و نصب الراية ص٣٣١ ج٣ و فتح القدير ص٢٩ ج٥ و قال ابن الهمام في الفتح فهذا التغريب المروى عمن ذكرنا كتغريب عمر رضي الله تعالى عنه نصر بن حجاج وغيره بسبب انه لجماله افتتن به بعض النساء حتى سمع قول قائلة هل من سبيل الى خمر فاشربها الخ و ذالك لايوجب نفيا و على هذا كثير من مشائخ السلوك المحققين رضي الله عنهم و رضى عنا بهم و حشرنا معهم كانوا يغربون المريد اذا بدا منه قوة نفس و لجاج لتنكسر نفسه و تلين و مثل هذا المريد او من هو قريب منه هو الذي ينبغي ان يقع عليه رأى القاضي في التغريب لان مثله في ندم و شدة و انما زل زلة لغلبة النفس اما من لم يستحى و له حال يشهد عليه بغلبة النفس فنفيه لاشك انه يوسع طرق الفساد و يسهلها عليه انتهى.

و اذا زنى المريض وحده الرجم رجم، لان الاتلاف مستحق، فلايمتنع بسبب المرض، و ان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ، كيلا يفضي الى الهلاك و لهذا لايقام القطع عند شدة الحر و البرد، و اذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها، كيلا يؤدي الى هلاك الولد و هو نفس محترمة و ان كان حدها الجلد لم تجلد حتى

حدثنا عبدالله بن ادريس عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم ضرب و غرب و ان ابابكر رضي الله عنه ضرب و غرب و ان عمر رضي الله عنه ضرب و غرب، و قال حديث غريب(١) و روى ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا جرير عن مغيرة عن ابن يسار مولى لعثمان قال جلد عثمان رضي الله تعالى امرأة في زنا، ثم ارسل بها مولى له يقال المهري الى خيبر فنفاها اليها (و اذا زنى المريض وحده الرجم رجم) اي و الحال ان حده الذي استحق به الرجم في الحال (لان الاتلاف مستحق، فلايمتنع بسبب المرض) و هذا باتفاق الائمة الاربعة رحمهم الله تعالى و عن بعض اصحاب الشافعي رحمه الله تعالى في وجه ان ثبت زناه بالاقرار يؤخر الى ان يبرأ لانه بسبيل من الرجوع و ربما رجع و لكن المشهور عنهم ان الرجم لايؤخر (و ان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ، كيلا يفضي الى الهلاك) و هذا في مرض يرجي زواله، و عن ابن القطان من اصحاب الشافعي رحمه الله تعالى انه لايؤخر، و يضرب في المرض بحسب ما يحتمله و به قال احمد رحمه الله تعالى و عن احمد رحمه الله تعالى انه يؤخر كقول العامة و ان كان مرض لايرجى زواله كالسل و مخدوج الخلقة اي ضعيف الخلقة لايحتمل السياط، فعندنا(٢) و الشافعي و احمد يضرب بعثكال فيه مائة شمراخ، فيضرب به دفعة واحدة او يضرب بمائة سوط مجتمعة ضربة واحدة ذكره في المحيط و فيه و لهذا لايقام القطع في الحر الشديد و البرد الشديد و به قال الشافعي رحمه الله تعالى بل يؤخر الى زمان اعتدال الهواء. و قال مالك رحمه الله تعالى يضرب المريض مائة سوط متفرقة بحسب ما يحتمله و ان لم يمكن اخر (و لهذا) اي و لاجل الافضاء الى الهلاك (لايقام القطع) اي لايقطع يد السارق (عند شدة الحر و البرد) لخوف التلف (و اذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها) و ان كان حدها جلداً او رجماً (كيلا يؤدي الى هلاك الولد، و هو نفس محترمة) و الحد شرع زاجراً لا متلفاً (و ان كان حدها الجلد لم تجلد حتى

---

(٣) حديث غريب و قد تكلم الزيلعي رحمه الله تعالى بالبسط على رفعه و وقفه و كذا ابن الهمام رحمه الله تعالى بحث عن رفعه و وقفه و سرد الزيلعي آثارا اخرى للنفي عن المؤطا للامام مالك في الحدود ماجاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا ص٦٨٦ و ماجاء في حد الزنا ص٦٨٧ و مصنف عبد الرزاق في الطلاق باب الرجل يزنى بامرأة ثم يتزوجها ص٢٠٤ ج٧ حديث ١٢٧٩٦ و مصنف ابن ابي شيبة في النفي من اين الى اين ص٨٣ ج١٠.

(٢) فعندنا الخ كذا في فتح القدير ص٢٩ ج٥ و راجع المغني لابن قدامة ص١٤١ ج١٠.

تتعالى من نفاسها. اي ترتفع. يريد به تخرج منه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم لان التاخير لاجل الولد و قد انفصل، و عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه يؤخر الى ان يستغني ولدها عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته. لان في التاخير صيانة الولد عن الضياع و قد روى انه عليه الصلوة والسلام قال للغامدية رضي الله تعالى عنها بعد ما وضعت ارجعي حتى يستغنى ولدك. ثم الحبلى تحبس الى ان تلد ان كان الحد ثابتاً بالبينة كيلا تهرب. بخلاف الاقرار. لان الرجوع عنه عامل. فلايفيد الحبس. و الله اعلم.

تتعالى من نفاسها) اي فلاتحد حتى تخرج من نفاسها، و قوله حتى تتعالى لفظ القدوري رحمه الله تعالى فلذالك فسره بقوله (اي ترتفع يريد به تخرج منه) اي يريد القدوري بقوله تتعالى الخروج منه اي من النفاس (لان النفاس نوع مرض، فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم لان التاخير لاجل الولد و قد انفصل) و هذا ظاهر الرواية (و عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه يؤخر) اي الرجم (الى ان يستغني ولدها عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته) اي بتربية الولد، و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى و لو ادعت انها حبلى لايقبل قولها لكن القاضي يريها النساء فان قلن حبلى حبسها الى حولين، فان لم تلد رجمها للتيقن بكذبهن و لو وجدت امرأة لا زوج لها حبلى فلايجب عليها الحد (لان في التاخير) اي في تاخير الرجم (صيانة الولد عن الضياع، و قد روي انه عليه الصلوة و السلام) اي ان النبي صلى الله عليه وسلم (قال للغامدية بعدما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك) هذا بهذا اللفظ غريب، و هو في مسلم(١) عن بشير بن المهاجر عن عبدالله بن بريدة عن ابيه قال جاءت الغامدية فقالت يارسول الله اني زنيت فطهرني و انه ردها فلما كان الغد قالت يارسول الله لعلك تريد ان تردني كما رددت ماعزاً فوالله اني لحبلى، فقال اما لا فاذهبي حتى تلدي، فلما ولدت اتته بالصبي في يده كسرة خبز، فقالت هذا يا رسول الله قد فطمته و قد اكل الطعام فدفع الصبي الى رجل من المسلمين ثم امر بها فحفر لها الى صدرها، و أمر الناس فرجموها (ثم الحبلى تحبس الى ان تلد ان كان الحد ثابتاً بالبينة كيلا تهرب، بخلاف الاقرار، لان الرجوع عنه عامل فلايفيد الحبس) و قال الحاكم الشهيد في الكافي(٢) فان ادعت انها حبلى اراها القاضي النساء، فان قلن هي حبلى حبسها الى سنتين ثم يرجمها، و اذا شهدوا عليها بالزنا فادعت انها عذراء او رتقاء تنظر اليها النساء قلن هي كذلك درئ عنها الحد، و لا حد على الشهود ايضا، و كذلك المجبوب(٣) و لا حد على قاذفه. و يقبل في الرتقاء و العذراء

---

(١) مسلم باب حد الزنا ص٦٨ ج٢ و نصب الراية ص٣٣٢ ج٣ و فتح القدير ص٣٠ ج٥. (٢) الكافي كذا في المبسوط للسرخسي ص٧٣ ج٩. (٣) المجبوب و في المبسوط و كذالك المجبوب اذا علم انه مجبوب درئ الحد و لم يحد الشهود لان المجبوب لايزني و لا حد على قاذفه و هذا لان المقصود من اقامة الحد اظهار كذب القاذف =>

باب الوطء الذي يوجب الحد و الذي لايوجبه

قال الوطء الموجب للحد هو الزنا و انه في عرف الشرع و اللسان

و الاشياء التي يعمل فيها بقول النساء يكتفي بقول امرأة واحدة و في فتاوى الولوالجي(١) و المثنى احوط.

(باب الوطء الذي يوجب الحد و الذي لايوجبه)

اي هذا باب في بيان حكم الوطء الذي يوجب الحد، و بيان حكم الوطء الذي لايوجب الحد (قال) اي المصنف قال الاترازي رحمه الله تعالى اعلم اولاً ان وضع كتاب الهداية على بيان مسائل الجامع الصغير و القدوري، ففي كل موضع يذكر لفظ، قال يريد به محمداً و القدوري و هنا ذكر لفظ قال و لم يرد به احداً منهما، فكان على وضعه، و كان ينبغي ان يقول قال العبد الضعيف باسناد الفعل الى نفسه او يقول اعلم ان (الوطء الموجب للحد هو الزنا) حتى يرتفع الالتباس انتهى. قلت هذا كلام عجيب منه صادر من غير تامل، لان المصنف لما يذكر لفظ قال قط يقول قال محمد و قال القدوري بل يقول قال علي السكت، لانه يعلم فاعل قال محمد او القدوري من المسألة المتوجه به بان كانت المسألة من مسائل القدوري يعلم ان فاعل قال هو القدوري فان كانت من مسائل الجامع الصغير يعلم ان فاعله هو محمد و ان لم يكن منهما يعلم ان فاعله هو المصنف، فلايحصل له الالتباس، لان التمييز يحصل من المسائل، و الذي ليس له اهلية في ذلك لايعرف(٢) الهر من البر و لاينبغي له ان يتعلق بالهداية، لانه لايهتدي بالهداية و الوطء الموجب للحد هو الزنا لقوله تعالى الزانية و الزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة(٣) (و انه) اي و ان الزنا (في عرف الشرع) اي في اصطلاح الشرع (و اللسان) اي و في عرف اللسان و هو اللغة

=> ليندفع به العار عن المقذوف و كذبه ظاهر هنا و انما يلحق العار القاذف هنا دون عفة المقذوف و عند الشافعي رحمه الله تعالى قذف المقذوف كقذف غيره يوجب الجلد على القاذف بناء على اصله ان نفس القذف جريمة انتهى.

(١) الولوالجي - و كذا في المبسوط ص٧٤ ج٩. (٢) لايعرف الهر الخ و في لسان العرب مادة هرر و قولهم في المثل ما يعرف هرا من بر قيل معناه ما يعرف من يهره (باب نصر و ضرب) اي يكرهه ممن يبره و هو احسن ما قيل فيه و قال الفزاري البر اللطف و الهر العقوق و هو من الهرير ابن الاعرابي البر الاكرام و الهر الخصومة و قيل الهر ههنا السنور و البر الفأر و قال ابن الاعرابي لايعرف هارا من بارا لو كتبت له و قيل ارادوا هرهر (بكسر الهاء و سكون الراء) و هو سوق الغنم و بربر (بكسر الباء و سكون الراء) و هو دعاؤها و قيل الهر دعاؤها و البر سوقها و قال ابوعبيد ما يعرف الهرهرة (بفتح الهاء و سكون الراء) من البربرة (على وزن الهرهرة) الهرهرة صوت الضأن و البربرة صوت المعزى و قال يونس الهر سوق الغنم و البر دعاء الغنم و قال ابن الاعرابي الهردعاء الغنم الى العلف و البر دعاؤها الى الماء انتهى. (٣) جلدة - النور - ٤.

وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك، و شبهة الملك، لانه فعل محظور، و الحرمة على الاطلاق عند التعري عن الملك، و شبهته يؤيد ذلك قوله عليه الصلوة و السلام ادرؤوا الحدود بالشبهات،

(وطء الرجل المرأة في القبل) قيد بهذا، لان العرب لايسمون ما يجري بين الذكرين من الوطء وطئا بل يسمونه لواطاً، لان كل فعل له اسم خاص، فمن أتى بالقبل يقال انه زنى و من أتى بالدبر قيل انه لاط (في غير الملك و شبهة الملك) حتى يكون حراماً على الاطلاق، و ينبغي ان يكون كل واحد منهما مشتهي، لان وطء الميتة و البهيمة لايسمى زنا لعدم كونها مشتهاة، و كذلك وطء الصبي و المجنون، و ينبغي ان يكون عارياً عن الحل، لان وطء الامة المشتركة، و ان كانت حراماً لوقوع التصرف في ملك الغير بدون الاذن، و لكن لايكون زنا، لانه لا يعرى عن شبهة الحل لكون بعض التصرف في ملك الواطئ فان قلت(١) شأن الحد أن يطرد و ينعكس، و هذا غير منعكس لان الزنا يصدق في فعل المرأة هذ الفعل و التعريف ليس بصادق عليه. قلت هذا التعريف انما هو بالنسبة الى الاصل، و المرأة تدخل فيه تبعا بسبب التمكين طوعاً. (لانه فعل محظور) اي لان الزنا فعل حرام فان قلت(٢) هذا تعليل وقع في غير محله، لانه في التصورات قلت التعليل ليس لاثبات التعريف، و انما هو لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة في تحقق الزنا. و تقرير كلام المصنف انما اعتبروا ان يكون في غير شبهة الملك، لانه فعل محظور يوجب الحد فيعتبر فيه الكمال، لان الناقص ثابت من وجه دون وجه، فلايوجب عقوبة(٣) (و الحرمة على الاطلاق عند التعري عن الملك و شبهته) اي و شبهة الملك (يؤيد ذلك قوله عليه الصلوة و السلام) اي قول النبي صلى الله عليه وسلم (ادرؤوا الحدود بالشبهات) هذا الحديث(٤) بهذا اللفظ غريب، و

---

(١) فان قلت الخ كذا في العناية ص٣٠ ج٥. (٢) فان قلت هذا الخ كذا في العناية ص٣٢ ج٥. (٣) فلايوجب عقوبة كاملة و الكمال في الحظر عند التعري عن الملك و شبهته العناية. (٤) هذا الحديث الخ كذا في نصب الراية ص٣٣٣ ج٣ و فتح القدير ص٣١ ج٥ و التلخيص ص٥٦ ج٤ قال المحقق ابن الهمام رحمه الله تعالى في فتح القدير ص٣٢ ج٥ و نقل ابن حزم عن اصحابهم الظاهرية ان الحد بعد ثبوته لايحل ان يدرأ بشبهة و شنع بان الآثار المذكورة لاثبات الدرء بالشبهات ليس فيها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شيء بل عن بعض الصحابة من طرق لا خير فيها و اعل ما عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه مما رواه عبدالرزاق عنه بالارسال و هو غير رواية ابن ابي شيبة فانها معلولة باسحق بن ابي فروة و اما التمسك بما في البخاري من قوله عليه الصلوة و السلام و من اجترأ على ما يشك فيه من الاثم اوشك ان يواقع ما استبان و المعاصي حمي الله تعالى من يرفع حول الحمى يوشك ان يقع فيه فان معناه ان من جهل حرمة شيء و حله فالورع أن يمسك عنه و من جهل وجوب أمر و عدمه فلا يوجبه و من جهل اوجب الحد أم لا وجب ان يقيمه و نحن نقول ان الارسال لايقدح و ان الموقوف في هذا له حكم المرفوع لان اسقاط الواجب بعد ثبوته بشبهة خلاف مقتضى العقل بل مقتضاه أن بعد تحقق الثبوت ==>

ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل، و تسمى شبهة اشتباه و شبهة في المحل، و تسمى شبهة حكمية

ذكر انه في الخلافيات للبيهقي عن علي رضي الله تعالى عنه و في مسند ابي حنيفة عن ابن عباس(١) رضي الله تعالى عنه و اخرج ابن ابي شيبة(٢) في مصنفه حدثنا هشيم عن منصور عن الحارث عن ابراهيم قال قال عمر رضي الله عنه لان اعطل الحدود بالشبهات احب الي من ان اقيمها بالشبهات، حدثنا(٣) عبدالسلام عن اسحاق بن ابي فروة عن عمرو بن شعيب عن ابيه ان معاذا و عبدالله بن مسعود و عقبة بن عامر رضي الله تعالى عنهم قالوا اذا شبهت عليك الحد فادرأه. و اخرج عن الزهري قال ادفعوا الحدود بكل شبهة، و العجب من الكاكي حيث قال هذا الحديث يعني الذي ذكره المصنف متفق عليه تلقته الامة بالقبول (ثم الشبهة نوعان، شبهة في الفعل، و تسمى شبهة اشتباه) و هي ان يشتبه عليه الحال بان يظن انها تحل له (و شبهة في المحل) و هي ان تكون الشبهة ناشئة من المحل بان يكون في المحل شبهة ملك الرقبة او ملك البضع (و تسمى) اي هذه الشبهة (شبهة حكمية) باعتبار ان المحل اعطي له حكم الملك في

==> لايرتفع بشبهة فحيث ذكره صحابي حمل على الرفع و ايضا في اجماع فقهاء الامصار على ان الحدود تدرأ بالشبهات كفاية و لذا قال بعض الفقهاء هذا الحديث متفق عليه و ايضا تلقته الامة بالقبول و في تتبع المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم و الصحابة ما يقطع في المسئلة فقد علمنا انه عليه الصلوة و السلام قال لماعز لعلك قبلت لعلك لمست لعلك غمزت كل ذلك يلقنه ان يقول نعم بعد اقراره بالزناو ليس لذلك فائدة الا كونه اذا قالها ترك و الا فلا فائدة و لم يقل لمن اعترف عنده بدين لعله كان وديعة عندك فضاعت و نحوه و كذا قال للسارق الذي جيء به اليه اسرقت ما اخاله سرق و للغامدية نحو ذلك و كذا قال علي رضي الله عنه لشراحة على ما اسفلناه لعله وقع عليك و انت نائمة لعله استكرهك لعل مولاك زوجك منه و أنت تكتمينه و تتبع مثله عن كل واحد يوجب طولا فالحاصل من هذا كله كون الحد يحتال في درئه بلاشك و معلوم ان هذه الاستفسارات المفيدة لقصد الاحتيال للدرء كلها كانت بعد الثبوت لانه كان بعد صريح الاقرار و به الثبوت و هذا هو الحاصل من هذه الآثار و من قوله ادرؤا الحدود بالشبهات فكان هذا المعنى مقطوعا بثبوته من جهة الشرع فكان الشك فيه شكا في ضروري فلايلتفت الى قائله و لايعول عليه. (١) عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه كذا في نصب الراية موقوفا لكن في فتح القدير عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات و في التلخيص - و في مسند ابي حنيفة للحارثي من طريق مقسم عن ابن عباس رضي الله تعالى بلفظ الاصل مرفوعاً. (٢) ابن ابي شيبة في درء الحدود بالشبهات ص٥٦٦ ج٩. (٣) حدثنا عبدالسلام الخ كذا في مصنف ابن ابي شيبة و اخرج الترمذي باب ما جاء في درء الحدود ص١٧١ ج١ عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم الحديث روى هذا الحديث مرفوعا و موقوفا و قال الترمذي الموقوف اصح و التفصيل في التلخيص.

فالاولى تتحقق في حق من اشتبه عليه، لان معناه ان يظن غير الدليل دليلاً، و لابد من الظن لتحقق الاشتباه، و الثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته، و لاتتوقف على ظن الجاني و اعتقاده، و الحد يسقط بالنوعين لاطلاق الحديث، و النسب يثبت في الثانية(١) اذا ادعى الولد، و لايثبت في الاولى(٢) و ان ادعاه،

اسقاط الحد، و ان لم يكن الملك ثابتاً حقيقة و ذكر التمرتاشي و المرغيناني والشبهة الحكمية تسمى ايضا شبهة الملك و هي عبارة عن قيام العلة بلاعمل لمانع اتصل بها و هي مانعة الحد على التقادير كلها. و في المحيط(٣) الشبهة ثلاثة، شبهة في الفعل، و شبهة في المحل، و شبهة في العقد (فالاولى) اي الشبهة الاولى (تتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلاً) كما يظن ان جارية امرأته تحل له بناء على ان الوطء نوع استخدام والاستخدام يحل فكذا الوطء (و لابد من الظن لتحقق الاشتباه) فيكون تحققا بالنسبة الى الظان (و الثانية) اي الشبهة الثانية (تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته) مثل قوله عليه الصلوة و السلام انت(٤) و مالك لابيك (و لاتتوقف على ظن الجاني و اعتقاده، و الحد يسقط بالنوعين لاطلاق الحديث) و هو قوله عليه الصلوة و السلام ادرؤوا الحدود بالشبهات (و النسب يثبت في الثاني) اي(٥) في المذكور الثاني و هو شبهة المحل (اذا ادعى الولد) لان الفعل لما لم يكن زنا بشبهة في المحل ثبت نسب الولد بالدعوة، لان النسب مما يحتاط في اثباته (و لايثبت في الاول و ان ادعاه) اي لايثبت النسب في شبهة الفعل و ان ادعى الولد لانه لا حق له في المحل فوقع الفعل زنا، الا انه سقط

---

(١) الثانية – ن – الثاني. (٢) الاولى – ن – الاول. (٣) و في المحيط الشبهة ثلاثة الخ راجع للتفصيل الفتاوى الهندية الباب الرابع في الوطئ الذي يوجب الحد الخ ص١٤٧ ج٢ و في فتح القدير ص٣٢ ج٥ الشبهة ما يشبه الثابت و ليس بثابت و للفقهاء في تقسيمها و تسميتها اصطلاحات فالشافعية قالوا الشبهة ثلاثة اقسام في المحل و الفاعل و الجهة الخ. (٤) انت و مالك لابيك اخرجه ابن ماجة في كتاب التجارات باب ما للرجل من مال ولده ص١٦٦ عن جابر بن عبدالله و عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده مرفوعاً و الامام احمد في مسنده ص١٧٩ و ص٢٠٤ و ص٢١٤ ج٢ و في فتح القدير ص٣٧ ج٥ اخرجه ابن ماجة بسند صحيح نص عليه ابن القطان و المنذري و قال الزيلعي في نصب الراية ص٣٣٧ ج٣ الحديث الثاني قال عليه الصلوة و السلام انت و مالك لابيك قلت روى من حديث جابر و عائشة و سمرة بن جندب و عمر بن الخطاب و ابن مسعود و ابن عمر رضي الله تعالى عنهم ثم ذكر هذه الاحاديث مع الاسانيد بالبسط مع النقد حسب دابه في صفحتين. (٥) اي في المذكور الثاني و في العناية في الثاني اي في الوطئ الثاني و قيل اي في المذكور الثاني و الاولى ان يقال في النوع الثاني.

لان الفعل تمحض زناً في الاولى، و انما يسقط الحد لامر راجع اليه، و هو اشتباه الامر عليه، و لم يتمحض في الثانية، فشبهة الفعل في ثمانية مواضع، جارية ابيه و امه و زوجته، و المطلقة ثلاثاً و هي في العدة، و بائنا بالطلاق على مال و هي في العدة، و أم ولد اعتقها مولاها، و هي في

الحد بدعوى الاشتباه، و ان لم يدع الظن وجب الحد و في الولوالجي و لو ادعى احدهما الظن و لم يدع الآخر فلا حد عليهما لان الشبهة في احد الجانبين يتعدى الى الآخر، و قال الكاكي قيل هذا ليس بمجرى على العموم، قال في المطلقة الثلاثة يثبت النسب لان هذا الوطء في شبهة العقد، فيكفي ذلك لاثبات النسب، ذكره التمرتاشي. و في المعراج المطلقة بعوض والمختلعة ينبغي ان يكون كالمطلقة ثلاثاً. (لان الفعل تمحض) اي خلص من المحض، و هو اللبن الخالص الذي لايخالطه شيء (زنا في الاولى و انما يسقط الحد لامر راجع اليه) اي الى الواطئ (و هو اشتباه الامر عليه، و لم يتمحض في الثانية) و هي الشبهة في المحل لوجود الدليل الشرعي على حل الوطء، و ان لم يثبت الحد فكذلك عم حكمه في الظن و عدمه في سقوط الحد، لما ان الملك اذا ثبت بوجه لم يبق معه اسم الزنا من كل وجه. و ما قيل في المحيط و في الكافي و شبهة في العقد راجع الى شبهة الدليل، و هي شبهة في المحل، و لهذا قيل سمي شبهة الملك (فشبهة الفعل في ثمانية مواضع، جارية ابيه) اي و كذا جارية جده، و ان علا (و امه) اي و جارية امه، و كذا جارية جدته و ان علت (و زوجته) اي و جارية زوجته (و المطلقة ثلاثاً) اي و جارية مطلقته ثلاثاً (و هي في العدة) اي و الحال انها في العدة فان قيل(١) ما وجه الاشتباه في المطلقة ثلاثاً، حتى لايحد اذا قال ظننت انها تحل لي. اجيب بان وجهه بقاء بعض الاحكام بعد الطلقات الثلاث من النفقة و السكنى و حرمة نكاح الاخت و ثبوت النسب، حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب الى سنتين فان قيل بين الناس اختلاف فيمن طلق امرأته ثلاثاً، هل يقع او لا، فينبغي أن يصير ذلك شبهة في اسقاط الحد. اجيب انه خلاف غير معتد به حتى لو قضى به القاضي لم ينفذ قضاؤه. قلت من مذهب الزيدية من الروافض ان ارسال الثلاث جملة لايوجب الحرمة الغليظة، و الفرق(٢) بين الخلاف و الاختلاف، ان الاختلاف مستعمل في قول بني علي دليل، و الخلاف فيما لا دليل عليه (و بائنا) اي و المطلقة طلاقاً بائناً (بالطلاق على مال، و هي في العدة) اي و الحال انها في العدة، و انما قيل بالطلاق البائن بالمال لانه اذا لم يكن على مال فوطئها في العدة فلاحد عليه. و ان قال علمت انها علي حرام على ما يجئ (و ام ولد) اذا (اعتقها مولاها و هي في

---

(١) فان قيل الخ كذا في العناية. (٢) و الفرق الخ كذا في كشاف اصطلاحات الفنون ص٤٤١ج١ و الكفاية =>

العدة و جارية المولى في حق العبد و الجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود ففي هذه المواضع لا حد اذا قال ظننت انها تحل لي، و لو قال علمت انها علي حرام وجب الحد. و الشبهة في المحل في ستة مواضع، جارية ابنه و المطلقة طلاقاً بائناً بالكنايات، و الجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم، و الممهورة في حق الزوج قبل القبض و المشتركة بينه و بين غيره، و المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن، ففي هذه المواضع لايجب الحد. و ان قال علمت انها علي حرام

(العدة) لان اثر الفراش، و هو العدة باق لمولاها، فكان الوطء في موضع الاشتباه كما في المطلقة ثلاثاً (و جارية المولى في حق العبد) و شبهة العبد في جارية مولاه انبساط يد العبد في مال مولاه و الجارية من ماله فجاز ان يظن حل الانبساط فيها بالوطئ (و الجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود) يعني اذا قال المرتهن ظننت انها تحل لي لايحد، و هو الاصح؛ لان عقد الرهن يثبت ملك اليد حقا للمرتهن، و به يثبت شبهة الاشتباه كما في العدة في خلع، و به قال الشافعي في قول و في قول لايسقط الحد، و به قال احمد رحمه الله تعالى و المستعير للرهن في هذا بمنزلة المرتهن (ففي هذه المواضع) و هي ثمانية مواضع المذكورة (لاحد اذا قال ظننت انها تحل لي) لوجود الشبهة في الفعل (و لو قال علمت انها علي حرام وجب الحد) لانتفاء الشبهة (و الشبهة في المحل في ستة مواضع، جارية ابنه) لقيام مقتضى الملك، و هو قوله عليه الصلوة و السلام انت و مالك لابيك، و في الولوالجي و كذا لو وطئها الجد و ان علا من قبل الاب، لان اسم الاب يطلق عليه (و المطلقة طلاقا بائنا بالكنايات) لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في كونها رجعية او بائنة (و الجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم) لان اليد التي كان بها متسلطاً على الوطء باقية بعد، فصارت شبهة في المحل (و الممهورة في حق الزوج قبل القبض) لقيام ملك اليد (و المشتركة) اي الجارية المشتركة (بينه و بين غيره) لقيام الملك في النصف (و المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن) (١) يعني اذا قال المرتهن ظننت انها تحل لي، لايحد في رواية كتاب الرهن، سواء ادعى ظن المحل او لا، كما في الجارية المشتركة و هكذا ذكر ايضا في شرح الجامع و الذخيرة، و ذكر في الايضاح في المرهونة اذا قال ظننت انها تحل لي فقد ذكر في كتاب الرهن لايحد. و ذكر في كتاب الحدود انه يحد و لايعتبر ظنه (ففي هذه المواضع) و هي ستة مواضع (لايجب الحد و ان قال علمت انها علي حرام) كلمة ان واصلة بما

=> ص٣٧ ج٥. (١) في رواية كتاب الرهن – و قد ذكر وجوه رواية كتاب الحدود و رواية كتاب الرهن في =>

ثم الشبهة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى تثبت بالعقد. و ان كان متفقاً على تحريمه و هو عالم به، و عند الباقين لاتثبت اذا علم

قبله، و الحاصل(١) ان شبهة المحل هو ان يكون دليل الحل قائما في الحقيقة، الا ان الحل تخلف عنه، و شبهة الفعل هي ان لايكون دليل الحل قائما، و لكنه يظنه حلالا لمشاركته الحلال في شيء لا دلالة على الحل (ثم الشبهة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى تثبت بالعقد) هذه شبهة أخرى غير الشبهتين المذكورتين و هي شبهة العقد، فانها تثبت بالعقد مطلقاً و هي معنى قوله (و ان كان متفقاً على تحريمه) يعني سواء كان العقد حلالاً او حراماً متفقا عليه او مختلفاً فيه، سواء كان الواطئ عالماً بالحرمة او جاهلاً بها، و هو معنى قوله (و هو عالم به) اي و الحال انه عالم بالتحريم (و عند الباقين) اي و عند العلماء الباقين (لاتثبت) اي لاتثبت الشبهة بالعقد (اذا علم

=> الشروح الثلاثة فارجع اليها ان شئت. (٢) و الحاصل الخ و في كشاف اصطلاحات الفنون للقاضي محمد اعلى التهانوي رحمه الله تعالى ص٧٩٠ ج١ و الشبهة انواع منها شبهة العقد كما اذا تزوج امرأة بلاشهود او امة بغير اذن مولاها الخ فلا حد في هذه الشبهة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و ان علم بالحرمة لصورة العقد لكنه يعزر و اما عندهما فكذلك الا اذا علم بالحرمة و الصحيح الاول و منها شبهة في الفعل و يسمى بشبهة الاشتباه و شبهة مشابهة و شبهة في الظن اي شبهة في حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه و هي ان يظن ما ليس بدليل الحل او الحرمة دليلا و لابد فيها من الظن ليتحقق الاشتباه فاذا زنى بجارية امرأته او والده يظن انها تحل له بناء على ان مال الزوجة مال الزوج لفرط الاختلاط و ان ملك الاصل ملك الجزء فهذه شبهة اشتباه سقط بها الحد لكن لايثبت النسب و لاتجب العدة لان الفعل قد تمحض زنا و منها شبهة في المحل و يسمى شبهة حكمية و شبهة ملك و شبهة الدليل و هي ان يوجد الدليل الشرعي النافي للحرمة او الحل مع تخلف حكمه لمانع اتصل به فيورث هذا الدليل شبهة في حل ما ليس بحلال و عكسه و هذا النوع لايتوقف تحققه على الظن و لذا كان اقوى من الشبهة في الظن اي في الفعل فانها ناشية عن النص في المحل بخلاف الشبهة في الظن فانها ناشية عن الرأى و الظن فاذا وطئ جارية الابن فانه يسقط الحد و يثبت النسب و العدة لان الفعل لم يتمحض زنا نظرا الى الدليل و هوقوله عليه الصلوة و السلام انت و مالك لابيك و كذا وطئ معتدة الكنايات لقول بعض الصحابة رضي الله تعالى عنهم ان الكنايات رواجع قال في فتح القدير (٣٥ ج٥) تقسيم الشبهة الى الشبهة في العقد و المحل والفعل انما هو عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و اما عند غيره من اصحابه فلاتعتبر شبهة العقد ثم قال (ص٣٢ ج٥) و الشافعية رحمهم الله تعالى قسموا الشبهة ثلاثة اقسام شبهة في المحل و هو زوجته الحائض الخ و شبهة في الفاعل مثل ان يجد امرأة على فراشه فيطأها ظانا انه امرأته فلاحد الخ و شبهة في الجهة قال الاصحاب كل جهة صححها بعض العلماء و اباح الوطئ بها لا حد فيها و ان كان الواطئ يعتقد الحرمة كالوطئ في النكاح بلاشهود و لا ولي انتهى.

بتحريمه، و يظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك ان شاء الله تعالى. اذا عرفنا هذا و من طلق امرأته ثلاثاً ثم وطئها في العدة و قال علمت انها علي حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه، فتكون الشبهة منتفية و قد نطق الكتاب بانتفاء الحل و على ذلك الاجماع.

و لايعتبر قول المخالف فيه، لانه خلاف لا اختلاف. و لو قال ظننت انها تحل

بتحريمه) اي بتحريم العقد (و يظهر ذلك في نكاح المحارم على ما ياتيك ان شاء الله تعالى) و ذلك عند قوله و من تزوج امرأة لايحل له نكاحها فوطئها لايحد عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى (اذا عرفنا هذا) اي هذا الذي ذكرناه من بيان نوعي الشبهة نذكر ما يتعلق بهما من المسائل فنقول (و من طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة و قال علمت انها علي حرام حد لزوال ملك المحلل من كل وجه، فتكون الشبهة منتفية) لزوال الملك اصلا و شبهة الاشتباه ايضا منتفية، لان الواطئ يقول علمت انها علي حرام. و اما اذا قال ظننت انها تحل لي لاحد عليه، و لا على قاذفه نص عليه الحاكم في الكافي. و انما قال لزوال المحلل من كل وجه يدل عليه القرآن، و هو معنى قوله (و قد نطق الكتاب بانتفاء الحل) و هو قوله فان طلقها فلاتحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره(١) (و على ذلك الاجماع) اي و على انتفاء الحل انعقد الاجماع (و لايعتبر قول المخالف فيه) هذا جواب سؤال، و هو ان يقال اختلف الناس في وقوع الثلاث جملة، فعند(٢) الزيدية من الروافض يقع واحدة، و عند الامامية منهم لايقع شيء، و يدعون انه قول علي رضي الله تعالى عنه، فينبغي ان يصير ذلك شبهة في المحل، فقال في جوابه (و لايعتبر قول المخالف فيه) لانه غير معتبر (لانه خلاف لا اختلاف) و قد ذكرنا الكلام فيه عن قريب(٣) و قال الامام حميد الدين الضرير رحمه الله تعالى في شرحه الفرق بين الخلاف و الاختلاف، ان الاختلاف ان يكون الطريق مختلفاً، و المقصود واحد. و الخلاف ان يكون كلاهما مختلفاً. و قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير الاختلاف من آثار الرحمة. و الخلاف من آثار البدعة، و اراد به الفرق المذكور قال الاترازي و كذا اراده صاحب الهداية و لي فيه نظر، لانه لم يثبت في قوانين اللغة ما قالوا. و يقال اختلف القوم اختلافا و خالفوا مخالفة و خلافاً اذا لم يوافق بعضهم بعضاً انتهى قلت نظره موجه من جهة عدم دلالة اللغة على ما قالوا، و لكنه لم يوف الكلام حقه. فاقول الخلاف من باب المفاعلة و اصله للمشاركة بين اثنين او اكثر، و الاختلاف من باب الافتعال، و ضده الاتحاد و قد يجيء بمعنى التفاعل نحو اختصموا بمعنى تخاصموا (و لو قال ظننت انها تحل

---

(١) غيره - البقرة - ٢٣٠. (٢) فعند الزيدية الخ كذا في الشروح الثلاثة. (٣) عن قريب اي قبل صفحتين و لفظه و الفرق بين الخلاف و الاختلاف ان الاختلاف مستعمل في قول بني على دليل و الخلاف فيما لا دليل عليه.

لي لايحد، لان الظن في موضعه، لان اثر الملك قائم في حق النسب و الحبس و النفقة، فاعتبر ظنه في اسقاط الحد و أم الولد اذا اعتقها مولاها، و المختلعة و المطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالاجماع، و قيام بعض الآثار في العدة. و لو قال لها أنت خلية او برية، او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة، و قال علمت انها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم فيه، فمن مذهب عمر رضي الله تعالى عنه انها تطليقة رجعية

لي، لايحد، لان الظن في موضعه لان اثر الملك قائم في حق النسب) اي ثابت في حق ثبوت النسب متى ولدت باعتبار العلوق السابق على الطلاق لا النسب في هذا الوطء فانه لايثبت (و الحبس) اي المنع من الخروج (و النفقة) اي وجوب النفقة و هذا كله دليل لكون الظن في موضعه فاذا كان كذلك (فاعتبر ظنه في اسقاط الحد و ام الولد) بالرفع على الابتداء (اذا اعتقها مولاها) يعني يجوز عتقها (و المختلعة) بالرفع ايضا عطف على ام الولد (و المطلقة على مال) عطف ايضا على ما قبله، و قوله (بمنزلة المطلقة الثلاث) خبر المبتدأ و ما عطف عليه توضيح معناه انه اذا وطئ كل واحدة منهن في العدة، و قال علمت انها علي حرام حد (لثبوت الحرمة بالاجماع) لزوال الحل من كل وجه (و قيام بعض الآثار في العدة) اي بعض آثار الملك مثل وجوب النفقة و منعها من الخروج، و ان قال ظننت انها تحل لي في هذه الصورة لايحد للشبهة، لان قيام أثر الملك من العدة و نحوها اورث شبهة (و لو قال لها انت خلية او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة و قال علمت انها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم فيه) اي في حكم هذا الفصل و الصحابة الذين روى عنهم في هذا الباب على الاختلاف عمر بن الخطاب و عبدالله بن مسعود و زيد بن ثابت و جابر بن عبدالله و عبدالله بن عمرو و علي بن ابي طالب و عبدالله بن عباس و عثمان رضي الله عنهم اما المروي عن عمر رضي الله عنه فاشار اليه بقوله (فمن مذهب عمر رضي الله تعالى عنه انها تطليقة رجعية) اخرجه عبدالرزاق(١) في مصنفه اخبرنا سفيان الثوري عن حماد عن ابراهيم قال قال عمر بن الخطاب و ابن مسعود رضي الله تعالى عنهما ان اختارت نفسها فهي واحدة، و ان اختارت زوجها فلاشيء و رواه ايضا عن الشعبي قال قال عمر و ابن مسعود رضي الله عنهما ان اختارت زوجها فلابأس، و ان اختارت نفسها فهي واحدة و له عليها الرجعة و اما المروي عن زيد بن ثابت

(١) عبد الرزاق في مصنفه باب الخيار ص٩ ج٧ و الزيلعي ذكر الآثار المتعلقة بالبسط في نصب الراية ص٢٣٣ ج٣ و نبذ منها في فتح القدير ص٣٦ ج٥ و مصنف ابن ابي شيبة كتاب الطلاق ص٥٥ ج٥ و ما بعده.

و كذا الجواب في سائر الكنايات،

رضي الله عنه فاخرجه عبدالرزاق(١) ايضا اخبرنا سفيان بن عيينة عن ابي الزناد عن القاسم بن محمد عن زيد بن ثابت رضي الله عنه انه قال في رجل جعل امر امرأته بيدها فطلقت نفسها ثلاثاً، قال هي واحدة و اما المروي عن جابر رضي الله تعالى عنه فرواه عبدالرزاق(٢) ايضا اخبرنا ابن جريج اخبرنا ابوالزبير انه سمع جابر بن عبدالله رضي الله عنه يقول في الرجل يخير امرأته فتختار الطلاق قال فهي واحدة و اما المروي عن عبدالله عمر رضي الله تعالى عنه فرواه الشافعي(٣) في مسنده اخبرنا مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه انه قال في الخلية و البرية ان كل واحد منهما ثلاث تطليقات، و رواه مالك في المؤطا و اما المروي عن علي بن ابي طالب رضي الله تعالى عنه فرواه الدارقطني(٤) في سننه عن عطاء بن السائب عن الحسن عن علي رضي الله عنه قال في الخلية و البرية و البتة و البائن و الحرام ثلاثا لاتحل لهم حتى تنكح زوجاً و اما المروي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه فرواه عبدالرزاق(٥) اخبر ابن التيمي عن ابيه عن الحسن بن مسلم عمن سمع ابن عباس رضي الله عنه يقول في الرجل يقول لامرأته انت برية انها واحدة. و اما المروي عن عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه فرواه ابن ابي شيبة(٦) عنه و عن ابن عباس و ابن عمر رضي الله تعالى عنهما اذا ملك الرجل امرأته امرها بيدها فالقضاء ما قضت الا ان ينكر الرجل فيقول لم ارد الا واحدة، و يحلف على ذلك فيكون الملك بها ما كانت في عدتها و اخرجه عبدالرزاق ايضاً نحوه (و كذا الجواب في سائر الكنايات) قال الحاكم الشهيد في الكافي و ان ابانها بشيء من الكنايات ثم جامعها و هو يقول علمت انها علي حرام فلاحد عليه. و قال الفقيه ابوالليث في شرح الجامع الصغير، و اذا طلقها طلقة بائنة ثم وطئها في

---

(١) عبدالرزاق عن زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه ص١٥ ج٧ و الزيلعي ص٣٣٤ ج٣. (٢) عبدالرزاق عن جابر رضي الله تعالى عنه ص١٢ ج٧ و نصب الراية ص٣٣٤ ج٣. (٣) الشافعي رحمه الله تعالى الخ كذا في نصب الراية ص٣٣٤ج٤ و المؤطا للامام مالك رحمه الله تعالى في اوائل الطلاق ص٥١١. (٤) الدارقطني كتاب الطلاق ص٣٢ ج٤ و الزيلعي ص٣٣٥ج٣. (٥) عبدالرزاق ص.. ج٧ و الزيلعي ص٣٣٥ ج٣. (٦) ابن ابي شيبة كتاب الطلاق ما قالوا في الرجل يجعل امر امرأته بيدها الخ ص٥٦ ج٥ و في نصب الراية ص٣٣٥ ج٣ اثر آخر رواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار (باب الخيار وامرك بيدك ص١٢٩) اخبرناابوحنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي ان زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه كان يقول اذا اختارت زوجها فلاشيء و هي امرأته و ان اختارت نفسها فهي ثلاث و هي عليه حرام حتى تنكح زوجا غيره و كان علي بن ابي طالب رضي الله تعالى عنه يقول اذا اختارت زوجها فهي واحدة و الزوج املك بها و اذا اختارت نفسها فهي واحدة و هي املك بنفسها.

وَ كذا اذا نوى ثلاثاً لقيام الاختلاف مع ذلك، و لا حد على من وطئ جارية ولده و ولد ولده. و ان قال علمت انها علي حرام، لان الشبهة حكمية لانها نشأت عن دليل و هو قوله عليه الصلوة و السلام انت و مالك لابيك،

العدة لا حد عليه، سواء ادعى الشبهة او لم يدع لان الشبهة شبهتان شبهة حكم، و شبهة اشتباه، فهاهنا شبهة حكم، لان الصحابة رضي الله تعالى عنهم اختلفوا فيه، قال بعضهم الكنايات كلها بوائن. و قال بعضهم رجعية و جعلها بعضهم ثلاثاً فاورث اختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم شبهة في المحل، لان في الواحدة الرجعية يبقى الحل، فينبغي على هذا ان يثبت النسب بالدعوة على ما اشار اليه الصدر الشهيد بقوله و لايثبت اذا لم يدع، و ذلك لان الفعل لم يقع زنا لبقاء الحل باعتبار الشبهة في المحل. و لكن قال فخر الاسلام البزدوي في شرحه للجامع الصغير، و لايثبت نسب الولد في ذلك كله، لانه زنا، و انما يسقط الحد بالشبهة لانه عقوبة، و لايثبت النسب بالزنا بحال، و قال الاترزي كانه جعل هذه الشبهة شبهة الاشتباه و ليس ذلك بصحيح عندي، لان الرواية منصوصة في الجامع الصغير. و في الكاكي للحاكم انه لايجب عليه الحد. و ان قال علمت انها علي حرام. فلو كان الامر كما قال فخر الاسلام لوجب الحد، لزوال الاشتباه بقوله علمت انها علي حرام، فلما لم يجب علم انه من قبيل شبهة المحل. و في شبهة المحل لايقع الفعل زنا، فيثبت بالدعوة (و كذا اذا نوى ثلاثاً) اي و كذا الحكم اذا نوى ثلاثاً من الفاظ الكنايات ثم وطئها في العدة، يعني لايحد، و ان قال علمت انها علي حرام (لقيام الاختلاف) اي اختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم (مع ذلك) اي مع نية الثلاث، لان اختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم لايرتفع بنية الثلاث، فكانت الشبهة قائمة، فلايجب الحد (و لا حد على من وطئ جارية ولده و ولد ولده و ان قال علمت انها علي حرام، لان الشبهة حكمية، لانها نشأت عن دليل) و سواء ادعى الاب الشبهة او لم يدع. و اما الجد اذا وطئ جارية ولد ولده لايجب الحد و لايثبت النسب ايضا اذا كان الاب حياً، لانه محجوب بالاب و سقوط الحد لقرابة الولادة و ذكر البزدوي اذا وطئ جارية حافده و الاب في الاحياء لايجب الحد (و هو قوله عليه الصلوة و السلام) اي الدليل هو قول النبي صلى الله عليه وسلم (انت و مالك لابيك) هذا الحديث(١) روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم عن عمر بن الخطاب رضي الله تعلى عنه اخرج حديثه البزار في مسنده عن سعيد بن المسيب عنه و عن جابر(٢) رضي الله تعالى عنه اخرج

---

(١) هذا الحديث الخ قد تقدم تخريجه غير مرة و تفصيله عند الزيلعي في نصب الراية ص٣٣٧ ج٣. (٢) و عن جابر رضي الله تعالى عنه اخرج حديثه ابن ماجة في البيوع باب ما للرجل من مال ولده ص١٦٧ بسند صحيح =>

و الابوة قائمة في حق الجد و يثبت النسب منه و عليه قيمة الجارية، و قد ذكرناه.

حديثه الطبراني في الصغير و البيهقي في دلائل النبوة مطولا عن محمد بن المنذر عنه و فيه انت و مالك لابيك. و عن سمرة بن جندب رضي الله عنه اخرج حديثه البزار في مسنده و الطبراني في معجمه عن الحسن عنه نحوه. و عن ابن مسعود رضي الله عنه اخرج حديثه الطبراني في معجمه عن علقمة بن قيس عنه نحوه. و عن ابن عمر رضي الله عنه اخرج حديثه ابويعلى في مسنده عن ابي اسحاق عنه نحوه و عن عائشة رضي الله تعالى عنها اخرج حديثها ابن حبان في صحيحه عن عطاء عنها نحوه. (و الابوة قائمة في حق الجد) يشير بذالك الى ان حكم الجد مثل حكم الاب في عدم وجوب الحد، و ان كان الاب حياً، و لكن لايثبت النسب و قد ذكرناه الآن (و يثبت النسب منه) اي من الاب (و عليه قيمة الجارية) لانه يملكها عند ثبوت النسب، و لا عقر عليه، لانه لما ملكها بجميع القيمة سقط العقر، لانه ضمان الجزاء (و قد ذكرناه) اي في باب نكاح

=> نص عليه ابن القطان و المنذري كما في فتح القدير ص٣٧ ج٥ و نصب الراية ص٣٣٧ ج٣ و لفظ حديث جابر رضي الله تعالى عنه عند الطبراني في المعجم الصغير و البيهقي في دلائل النبوة بسندهما عن جابر رضي الله تعالى عنه قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان ابنه يريد ان ياخذ ماليه فقال عليه الصلوة والسلام ادعه ليه فلما جاء قال له عليه الصلوة و السلام ان ابنك يزعم انك تريد ان تاخذ ماله فقال سله هل هو الا عماته او قراباته او ما انفقه على نفسي و عيالي قال فهبط جبريل عليه السلام فقال يا رسول الله ان الشيخ قال في نفسه شعرا لم تسمعه اذناه فقال له عليه الصلوة و السلام قلت في نفسك شعرا لم تسمعه اذناك فهاته فقال لايزال يزيدنا الله بصيرة و يقينا ثم انشأ يقول

غذوتك مولودا و منتك يافعا ... تعل بما اخنى عليك و تنهل
اذا ليلة ضافتك بالسقم لم ابت ... لسقمك الا ساهرا اتململ
تخاف الردى نفسي عليك و انها ... لتعلم ان الموت حتم موكل
كاني انا المطروق دونك بالذي ... طرقتك به دوني فعيني تهمل
فلما بلغت السن و الغاية التي ... اليها مدى ما فيك كنت اؤمل
جعلت جزائي غلظة و فظاظة ... كانك انت المنعم المتفضل
فليتك اذ لم ترع حق ابوتي ... فعلت كما الجار المجاور يفعل
فاوليتني حق الجوار و لم تكن ... على بمال دون مالك تبخل

قال فبكى صلى الله عليه وسلم ثم بتلبيب ابنه و قال اذهب انت و مالك لابيك. انتهى. اقول و الشعر الاخير ليس في نصب الراية زاده صاحب الفتح و ايضا في الفاظ رواية الزيلعي و الفتح اختلاف لفظى يسير.

و اذا وطئ جارية ابيه او امه او زوجته و قال ظننت انها تحل لي فلاحد عليه، و لا على قاذفه. و ان قال علمت انها علي حرام حد و كذا العبد اذا وطئ جارية مولاه، لان بين هؤلاء انبساطاً في الانتفاع، فظنه في الاستمتاع محتمل، فكان شبهة اشتباه، الا انه زنا حقيقة، فلايحد قاذفه، و كذا اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لي، و الفحل لم يدع في الظاهر، لان الفعل واحد

الرقيق (و اذا وطئ جارية ابيه او امه او زوجته و قال ظننت انها تحل لي فلا حد عليه، و لا على قاذفه. و ان قال علمت انها علي حرام حد، و كذا العبد) اي و كذا حكم العبد بالتفصيل المذكور (لان بين هولاء(١) انبساطاً في الانتفاع) لان الابن يتناول مال ابويه و ينتفع به للاكل و التصرف و كذا الزوج في مال الزوجة، و كذا العبد في مال مولاه، فلما جرى الانبساط بينهم اشتبه الوطء، فاذا ادعى الاشتباه سقط الحد للشبهة لكن لايثبت النسب لان الفعل زنى في الواقع و اذا قال علمت انها علي حرام حد لزوال الاشتباه، و لايحد قاذف الابن و الزوج و العبد بعد الحرية. لان الفعل وقع زنا الا ان الحد سقط بالشبهة و قاذف الزاني لايحد. و قال في الاجناس قال في امالي الحسن قال ابوحنيفة رحمه الله تعالى اذا زنى بجارية امرأته و قال ظننت انها لي حلال عليه العقر، و لا حد عليه. و لايثبت نسب الولد ان جاءت به صدقته المرأة او لم تصدقه و لو قال علمت انها علي حرام لا عقر عليه، و عليه الحد، و لايثبت النسب (فظنه في الاستمتاع محتمل) اي ظن الواطئ الانبساط في حل الاستمتاع بالجارية محتمل (فكان) اي ظنه هذا (شبهة اشتباه، الا انه زنا حقيقة فلايحد قاذفه، و كذا اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لي) معطوف على قوله و قال ظننت انها تحل لي فلاحد عليه (و الفحل) اي و الحال ان الفحل (لم يدع في الظاهر) متصل بقوله و كذا، اي لا حد على العبد في ظاهر الرواية (لان الفعل واحد)(٢) اي لان فعلهما واحد، فاذا سقط عنها سقط عنه الحد و روى الحسن(٣) عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الجارية ان ادعت الحل و لم يدع الفحل حد، لان المرأة تابعة في فعل الزنا، فالشبهة المتمكنة في جانب التابع لاتعتبر في جانب الاصل، بخلاف ما اذا ادعى الرجل الظن، لانه اصل في الفعل فيورث شبهة في التابع. و قلنا(٤) لما كان الفعل واحداً فورود الشبهة

---

(١) بين هؤلاء اي بين الانسان و بين ابيه و امه و زوجته و العبد و امة سيده فتح القدير. (٢) لان الفعل واحد فورود الشبهة في احد الجانبين يكفى لاسقاط الحد عن الجانب الآخر. (٣) و روى الحسن الخ كذا في الكفاية و الفتح. (٤) و قلنا الخ و في الفتح و اجيب بان الفعل لما كان واحدا له نسبة اليهما كان ما يثبت فيه ما يتعلق بكل من طرفيه.

و ان وطئ جارية اخيه او عمه و قال ظننت انها تحل لي حد، لانه لا انبساط في المال فيما بينهما، و كذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا. و من زفت اليه غير امرأته و قالت(١) النساء انها زوجتك فوطئها لاحد عليه، و عليه المهر(٢) قضى بذلك علي رضي الله عنه و بالعدة، و لانه اعتمد دليلاً و هو الاخبار في موضع الاشتباه اذ الانسان لايميز بين امرأته و بين غيرها في اول الوهلة،

في احد الجانبين يكفى لاسقاط الحد على الآخر فان قيل(٣) يشكل بما اذا زنى البالغ بصبية، حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية، مع ان الفعل واحد. قلنا سقوط الحد عن الصبية باعتبار عدم الاهلية للعقوبة لا باعتبار الشبهة في الفعل، و فيما نحن فيه باعتبار الفعل، فيؤثر في الجانب الآخر لا محالة (و ان وطئ جارية اخيه او عمه و قال ظننت انها تحل لي حد، لانه لا انبساط في المال فيما بينهما) فلايعتبر دعوى الظن (و كذا سائر المحارم) اي و كذا الحكم، و هو وجوب الحد (سوى الولاد) اي سوى قرابة فيما به الولاد، كالخال و الخالة وغيرهما هذا المعنى (لما بينا) اي قوله لانه لا انبساط في المال فيما بينهما، بخلاف(٤) ما لو سرق من بيت هؤلاء حيث لايقطع، لان الحرز لم يتحقق في حقه لدخوله في بيت هولاء بلا استئذان، و القطع دائر مع هتك الحرز (و من زفت اليه غير امرأته و قال النساء انها زوجتك فوطئها لا حد عليه، و عليه المهر قضى بذلك علي رضي الله عنه) هذا غريب(٥) جدا. قوله زفت على صيغة المجهول اي بعثت من باب نصر ينصر. قوله و قال النساء بتذكير الفعل، لان تانيث الجمع ليس بحقيقي، قال الله تعالى اذا جاءك المؤمنات(٦) و في بعض النسخ و قلن النساء قال الاترازي لايجوز الا على ضعف قلت حكى سيبويه رحمه الله تعالى ذلك من غير قيد يضعف كقولهم اكلوني البراغيث (و بالعدة) اي و قضى بوجوب العدة (و لانه) اي و لان المزفوف اليه (اعتمد دليلاً و هو الاخبار في موضع الاشتباه، اذ الانسان لايميز بين امرأته و بين غيرها في اول الوهلة) بفتح الواو و سكون الهاء يقال لقيته اول وهلة، اي اول كل شيء يعني لايميز في اول الوهلة الا بالاخبار، و خبر الواحد

---

(١) قالت - ن - قال. (٢) و عليه المهر و هذه اجماعية لايعلم فيها خلاف الفتح. (٣) فان قيل يشكل الخ كذا في الشروح الثلاثة. (٤) بخلاف الخ كذا في الشروح الثلاثة و لفظ العناية ص٣٩ ج٥ فان قيل لم لايجعل هذا كالسرقة يعني اذا سرق مال اخيه او اخته لايقطع اجيب بان بعضهم هناك يدخل بيت بعض من غير استيذان و لا حشمة فلم يتحقق هناك الحرز و القطع دائر مع هتك الحرز و اما هنا فالحل دائر مع الملك او العقد و لم يوجد الملك و لا شبهته و لا العقد فيجب الحد انتهى. (٥) هذا غريب جدا - كذا في نصب الراية ص٣٣٩ ج٣. (٦) المؤمنات - الممتحنة - ٥.

فصار كالمغرور، و لايحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف رحمه الله تعالى لان الملك منعدم حقيقة. و من وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد، لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستنداً الى دليل و هذا لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها، و كذا اذا كان اعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره، الا اذا كان دعاها فاجابته اجنبية و قالت

مقبول في امور الدين و المعاملات و لهذا اذا جاءت الجارية و قالت بعثني اليك مولاي هدية يحل وطئها اعتماداً عليها، ذكره الاترازي. و اما وجوب المهر فلان البضع لايخلو من احد الواجبين ابانة لخطر المحل. اما الحد و اما المهر فلم يجب الحد للشبهة فيجب المهر. و قال الاترازي و هو مؤيد بقضاء علي رضي الله عنه روى أصحابنا في كتبهم انه قضى كذلك، و يثبت نسب الولد ان جاءت به و ليست كالتي فجر بها و قال حسبتها امرأتي حيث لايثبت نسب ولدها و يجب عليه الحد و به صرح الحاكم في الكافي (فصار كالمغرور) اي صار الذي زفت اليه غير امرأته فوطئها كالمغرور، و هو الذي وطئ امرأة معتمداً على ملك يمين او نكاح ثم استحقت فلايجب عليه الحد للاشتباه، فكذا الذي زفت اليه غير امرأته لهذا المعنى (و لايحد قاذفه) اي لايحد قاذف الذي زفت اليه غير امرأته فوطئها في ظاهر الرواية (الا في رواية عن ابي يوسف رحمه الله تعالى) حيث قال انه يحد(١) (لان الملك منعدم حقيقة) هذا دليل ظاهر الرواية، اراد به ان لا ملك له فيه في الاجنبية فسقط احصانه لوقوع الفعل زنا فلايحد قاذفه (و من وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل) و قال زفر و الشافعي(٢) و مالك و احمد رحمهم الله تعالى لا حد عليه ان ظن انها امرأته قياسا على ليلة الزفاف و على من شرب شراباً على ظن انه ليس بخمر فانه لايحد (و هذا) اشارة الى قوله لانه لا اشتباه (لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها) فلايكون مجرد النوم دليلا على ان النائمة هي زوجته (و كذا اذا كان اعمى) اي اذا وجد الاعمى في بيته او فراش زوجته امرأة فوطئها على ظن انها امرأته يجب عليه الحد (لانه يمكنه التمييز بالسوال) اي يمكنه تمييز امرأته بالسوال عنها (وغيره) اي وغير السوال من العلامات (الا اذا دعا فاجابته اجنبية و قالت

---

(١) يحد - فان احصانه لايسقط عنده لانه بني الحكم على الظاهر فقد كان هذا الوطئ حلالا له في الظاهر فلايسقط احصانه و لكنا نقول لما تبين الامر بخلاف الظاهر انما بقى اعتبار الظاهر في ايراث الشبهة و بالشبهة يسقط لحد و لكن لايقام الحد كذا في المبسوط الكفاية. (٢) الشافعي رحمه الله تعالى الخ كذا في الفتح.

أنا زوجتك فواقعها، لان الاخبار دليل. و من تزوج امرأة لايحل له نكاحها فوطئها لايجب عليه الحد عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى

انا زوجتك فواقعها) اي فجامعها لايجب الحد (لان الاخبار دليل) فاستند اليه (و من تزوج امرأة لايحل له نكاحها) مثل نكاح المحارم(١) و المطلقة الثلاث، و منكوحة الغير، و معتدة الغير، و نكاح الخامسة و اخت المرأة في عدتها، و المجوسية، و الامة على الحرة، و نكاح العبد او الامة بلا اذن المولى، و النكاح بغير شهود (فوطئها لم يجب عليه الحد عند ابي حنيفة(١) رحمه الله

---

(١) نكاح المحارم الخ كذا في الفتح مع النقد و راجع لهذا المبحث اعلاء السنن ص٦٣١ ج١١ و فتح القدير ص٤١ ج٥ و المغنى ص١٥٣ ج١٠ و صاحب الاعلاء و صاحب الفتح اطالا البحث فاجادا و افادا. (٢) عند ابي حنيفة و سفيان الثوري و زفر رحمهم الله تعالى و ان قال علمت انها علي حرام و لكن يجب عليه بذالك المهر و يعاقب عقوبة هي اشد ما يكون من التعزير سياسة لا حدا مقدرا اذا كان عالما بذالك و اذا لم يكن عالما لاحد و لا عقوبة و لا تعزير فتح القدير. قال العلامة الشيخ المحدث والفقيه مولانا ظفر احمد العثماني التهانوى رحمه الله تعالى في اعلاء السنن ص٦٢٨ الى ص٦٤١ ج١١ حكم الزنا بالمرأة المستاجرة (تذييل) المسالة الاولى : و مما يلتحق بهذا الباب حكم الزنا بالمرأة المستاجرة فعليهما الحد عند اكثر اهل العلم و قال ابوحنيفة لا حد عليهما لان ملكه لمنفعتها شبهة دارئة للحد، و لايحد بوطأ امرأة هو مالك لها، و لان ابن عباس رضي الله تعالى عنه قد قال يحل الاستمتاع بالامة المعارة، و الاجارة فوق الاعارة في اثبات ملك المنافع فكان ذلك شبهة دارئة للحد و قد روى عبد الرزاق نا ابن جريج ثني محمد بن سفيان عن ابي سلمة بن سفيان "أن امرأة جاءت الى عمر بن الخطاب رضي الله تعالى فقالت يا أمير المؤمنين أقبلت اسوق غنما لي، فلقيني رجل، فحفن لي حفنة من تمر، ثم حفن لي حفنة من تمر، ثم حفن لي حفنة من تمر، ثم اصابني. فقال عمر رضي الله تعالى عنه ما قلت؟ فاعادت. فقال عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه و يشير بيده: مهر مهر مهر، ثم تركها" و عن سفيان بن عينية عن الوليد بن عبدالله و هو ابن جميع عن ابي الطفيل (هو واثلة بن الاسقع) "أن امرأة اصابها الجوع، فاتت راعيا، فسألته الطعام، فابى عليها حتى تعطيه نفسها. قالت: فحثى لي ثلاث حثيات من تمر، و ذكرت انها كانت جهدت من الجوع، فاخبرت عمر، فكبر، و قال: مهر مهر مهر، و درأ عنها الحد" ذكره ابن حزم في المحلى و لم يعله بشيء، و السندان رجالهما ثقات. و محمد بن الحارث بن سفيان مقبول من السادسة كما في التقريب (١٨٠) قال ابن حزم "قد ذهب الى هذا ابوحنيفة رحمه الله تعالى و لم ير الزنا الا ما كان مطارفة، و أما ما كان فيه عطاء او استئجار فليس زنا و لا حد فيه، (قلت: كلا! بل هو عنده زنا محض، و لكن يدرأ الحد عنه للشبهة) قال: و قال ابويوسف و محمد و ابو ثور و اصحابنا و سائر الناس هو زنا كله و فيه الحد، و اما المالكيون و الشافعيون فعهدنا بهم يشنعون خلاف الصاحب الذي لايعرف له مخالف من الصحابة رضي الله تعالى عنهم بل هم يعدون مثل هذا اجماعاً و يستدلون على ذلك بسكوت من بالحضرة من الصحابة عن النكير لذلك، فان قالوا: ان ابا الطفيل ذكر

لكنه يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك.

تعالى) في جميع ذلك. و ان قال علمت انها علي حرام (و لكنه يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك)

في خبره انها قد كان جهدها الجوع. قلنا لهم ان خبر ابي الطفيل ليس فيه ان عمر عذرها بالضرورة، بل فيه انه درأ الحد من اجل التمر الذي اعطاها و جعله عمر مهرا.

الرد على ابن حزم في ايراده على الحنفية في مسألة المستاجرة

قال: و اما الحنفيون المقلدون لابي حنيفة في هذا، فمن عجائب الدنيا التي لايكاد يوجد لها نظير ان يقلدوا عمر رضي الله تعالى في اسقاط الحد ههنا بان ثلاث حثيات من تمر مهر، و قد خالفوا هذه القضية بعينها، فلم يجيزوا في النكاح الصحيح مثل هذا و اضعافه مهرا، بل منعوا من اقل من عشرة دراهم في ذلك، فهذا هو الاستخفاف حقا، و الاخذ بما اشتهوا من قول الصاحب حيث اشتهوا، و ترك ما اشتهوا تركه من قول الصاحب اذا اشتهوا" الى آخر ما قال و أطال من الاقذاع في المقال" (١١٠ : ٢٥٠). و كل ذلك منشأه سوء الفهم و عدم المعرفة بحقيقة ما قاله ابو حنيفة فقد ظن ان اباحنيفة درأ الحد عمن استاجر امرأة للزنا صريحا، بان قال لها: استاجرك للزنا، او اعطيك كذا لازنى بك. و حاشاه ان يقول بذلك، و انما درأ الحد اذا قال: اعطيك كذا لتعطيني نفسك، او قال امهرك كذا لتمكنيني من نفسك، او استاجرك لاطاك بكذا، و نحوه من غير التصريح بالزنا فان لفظة المهر و الاستئجار و نحوهما لاتعمل مع قوله ازنى بك شيئا لكونه معارضاً بقوله تعالى: "الزانية و الزاني" صريحا نبه عليه ابن الهمام و ايضا فالاجارة على الزنا باطلة قطعاً عندنا، و صرحوا في باب الحظر بان مهر البغي سحت و حرام بخلاف ما اذا قال: استأجرتك لتعطيني نفسك، او تمكنيني من نفسك، او لاطاك فلفظة الاستيجار و الامهار مع ذلك يورث شبهة كونه نكاح المتعة، و قد اتفق فقهاء الأمصار على درأ الحد بالوطأ في نكاح مختلف فيه، كنكاح المتعة و الشغار، و التحليل و النكاح بلا ولي و لا شهود، و نكاح الاخت في عدة اختها البائن، و نكاح المجوسية و نحوها، و هذا قول اكثر اهل العلم، لان الحدود تدرأ بالشبهات قال ابن المنذر "اجمع كل من تحفظ عنه من اهل العلم ان الحدود تدرأ بالشبهة" كذا في المغنى (١٠ : ١٥٥) و من ههنا درأ ابوحنيفة الحد عن من زنا بالمرأة المستأجرة اذا قال لها: امهرك كذا، او اعطيك كذا، او استاجرك بكذا لتمكنيني من نفسك، او لاطاك، لكون مثل هذا الاستيجار شبيهاً بالمتعة يدل على ذلك قول صاحب المبسوط "معنى هذا ان المهر و الأجر يتقاربان قال تعالي: فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن سمى المهر أجرا" الخ (٩ : ٥٨) و اذا كان قول ابي حنيفة معللا بهذا المعنى فلابد من تقييده بان لايكون عقد الاجارة على الزنا صريحاً، و الا لم يكن شبيهاً بالمتعة اصلاً و هذا هو مراد عمر رضي الله تعالى عنه و لذا لو استأجرها للطبخ و نحوه من الاعمال ثم زنى بها، فانه يحد اتفاقا، لانعدام شبهة المتعة فيه، و لايخفى ان المتعة المنسوخة لم يكن المهر فيها مقدرا اتفاقاً بل كانوا يستمتعون على قبضة من الطعام و نحوها، كما رواه مسلم عن جابر "كنا نستمتع بالقبضة من التمر و الدقيق الايام على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم و ابي بكر، حتى نهى عمر في شان عمرو بن حريث" (جمع الفوائد ١ :

و قال ابويوسف و محمد و

يعني يضرب بطريق التعزير ضرباً مؤلماً عقوبة عليه لا بطريق الحد (و قال ابويوسف و محمد و

٢٢٣) فاندفع بذلك ما اورده ابن حزم علينا بقوله "فلم يجيزوا في النكاح الصحيح مثل هذا و اضعافه مهرا، و قلدوا عمر في اسقاط الحد ههنا بان ثلاث حثيات من تمر مهر" الخ فقد عرفت ان ثلاث حثيات اكثر من قبضة بكثير، و قد كانوا يستمتعون بها، فكذا هذا، و اما النكاح الصحيح فاحكامه منضبطة و شروطه معلومة في الدين، فكيف يصح قياس مهره على مهر المتعة التي قد نسخها الله تعالي؟ و لكن لما اختلفت طائفة من الصحابة في نسخها كابن عباس وغيره، كمن تمتع منهم في عهد ابي بكر و صدر من خلافة عمر، درأنا الحد عمن تمتع بامرأة او استاجرها لتمكنه من نفسها. و قد اتفقوا على درأ الحد عمن تمتع بامرأة، و انما اختلفوا في من استأجرها للوطئ، لكونهم لم يعدوا ذلك من المتعة، و عده ابوحنيفة منها، و رآه شبيها بها، هكذا ينبغي فهم هذا المقام فانه من مزال الاقدام و معترك الافهام. و هذا تفسير قول ابي حنيفة.و بيان معناه لدفع الطعن عنه، لا لتقليدنا اياه في ذلك، فان المفتى به عندنا قول صاحبيه في الباب، قال في الدر "و الحق وجوب الحد، كالمستأجرة للخدمة فتح. و سكت عليه في النهر" (٣ : ٢٤٢) و أما قول ابن حزم "ان هذا هو التطريق الى الزنا، و اباحة الفروج المحرمة، و عون لابليس على تسهيل الكبائر" الخ ففيه ان ذلك وارد على عمر اولا و على ابي حنيفة ثانيا، فانه لم يقل بما قال الا تقليدا لعمر رضي الله تعالى عنه و هل لاحد ممن له مسكة عقل ان يقول في مثل عمر: انه طرق الناس الى الزنا، و اباح الفروج المحرمة، و اعان ابليس على تسهيل الكبائر؟ فكيف يجوز ان يرمى بذلك من قلده فيما قال؟ و لكن ابن حزم لايدري ما يخرج من رأسه. و ايضا فان درأ الحد لايكون تطريقا الى الزنا، و عونا لابليس، الا عند من لايجوز عنده التعزير باكثر من عشر جلدات، كابن حزم و من وافقه، و اما عند من يجوز التعزير عنده بتسعة و سبعين سوطا او بمأة سوط الا واحدة، و يجوز عنده القتل تعزيرا ايضا، فلايكون درأ الحد عن احد على قوله تطريقا الى الزنا قط. و لكن ابن حزم يورد على الحنفية ما لايرد عليهم اصلا، و منشأ كل ذلك اما سوء الفهم او عدم المعرفة بجوانب اقوالهم كلها.

الرد على ابن حزم في قوله ان الحنفية قد علموا الفساق حيلة في قطع الطريق و في الزنا وغيرهما

و أما قوله "فقد علموا الفساق حيلة في قطع الطريق ثم علموهم وجه الحيلة في الزنا و الحيلة في السرقة، و نحوها" الى آخر ما قال و اطال. فلعله قد رأى كتاب الحيل للوراق، و فيه تعليم مثل هذه الحيل الباطلة التي قد برأ الله ابا حنيفة و اصحابه من اباحتها و من تعليمها. و الوراق رجل مجهول، و نسبة كتابه هذا الى محمد بن الحسن الامام فرية بلا مرية، و عزوه اليه مفترى مجعول، كما ذكرناه في المقدمة. و قد تنبه ابن القيم لذلك، فقال "ان حيل هذا الكتاب دائرة بين الكفر و الفسق، و لايجوز ان تنسب الى أحد من الائمة، و من نسبها الى أحد منهم فهو جاهل باصولهم، و مقاديرهم و منزلتهم من الاسلام، و ان كان بعض هذه الحيل قد تنفذ على اصول امام، و لكن هذا امر غير الاذن فيها اباحتها و تعليمها. فان اباحتها شيء و نفوذها اذا فعلت شيء" الخ ملخصا

الشافعي رحمهم الله تعالى عليه الحد اذا كان عالماً بذلك

الشافعي رحمهم الله تعالى عليه الحد اذا كان عالما بذلك) و الا فلا، و لكن ابايوسف و محمدا

من اعلام الموقعين (٢ : ٧٨) و قال ابوسليمان الجوزجاني "كذبوا على محمد بن الحسن، ليس له كتاب الحيل، انما كتاب الحيل للوراق" كذا في الجواهر المضيئة (٢٠٨) فاياك ان تغتر بكلام ابن حزم و امثاله، فانه لايعرف اصول الائمة و مقاديرهم، و منزلتهم من الاسلام، و انما عزى الى الحنفية تعليم الحيل الباطلة بمجرد رؤيته ذلك في كتاب قد نسبته العوام الى محمد بن الحسن الامام، و قد قال الله تعالى "يا ايها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ان تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين" فلايجوز عزو قول الى احد ما لم يذكر في كتاب قد تواترت، او اشتهرت نسبته اليه عند اهل العلم من اصحابه، فافهم ذلك، و الله يتولى هداك. المسألة الثانية: في الهداية (٢ : ٤٩٦) "و من تزوج امرأة لايحل له نكاحها فوطيها لايجب عليه الحد عند ابي حنيفة" الخ و اما ما رواه الترمذي و قال: "حسن غريب" (١ : ١٦٢) عن البراء قال "مربى خالى ابوبردة بن نيار و معه لواء، فقلت اين تريد؟ فقال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى رجل تزوج امرأة ابيه ان آتيه برأسه" الخ. و في نيل الاوطار (٧ : ٢٩) "و للحديث اسانيد كثيرة، منها ما رجاله رجال الصحيح" الخ فالجواب عنه ما في النيل ايضا "لابد من حمل الحديث على ان ذلك الرجل الذي امر صلى الله عليه وسلم بقتله عالم بالتحريم، و فعله مستحلا و ذلك من موجبات الكفر، و المرتد يقتل" الخ و في الجوهر النقي (٢ : ١٧٦) "و عقد اللواء يدل على المحاربة، اذ لاتعقد الا لمن امر بها، و المبعوث لاقامة حد الزنا لايؤمر بها" الخ و قد روى ابوداود (٢ : ٢٦٤) عن البراء، قال "لقيت عمى و معه راية، أين تريد؟ فقال بعثني رسول الله صلي الله عليه وسلم الى رجل نكح امرأة ابيه فامرني ان اضرب عنقه و اخذ ماله" الخ. و لايمكن اجراء الحديث على ظاهره فان القتل و اخذ المال ليس بحد الزنا. و في الجوهر النقي ايضا (٢ : ١٧٧) "و قد اخرج الطحاوي بسند صحيح عن ابن المسيب أن رجلا تزوج امرأة في عدتها، فرفع الى عمر فضربهما دون الحد، و جعل لها الصداق، و قال ابن ابي شيبة: ثنا وكيع عن هشام عن قتادة عن ابن المسيب: ان امرأة تزوجت في عدتها فضربها عمر تعزيرا دون الحد، و لم يكونا جاهلين بالتحريم، لانه كان اعرف بالله من ان يعاقب عليهما الا بحجة، فثبت انهما كانا عالمين بالتحريم، و لم يقم عليهما الحد، و ذلك بحضرة الصحابة، و لم يخالفوه، فدل على ان عقد النكاح و ان لم يثبت (أن و ان لم يصح فان) له حكم النكاح في وجوب المهر و العدة، و ثبوت النسب و نحوها، و لايوجب الحد، لان الذي يوجب الحد هو الزنا، و الزنا لا يوجب شيئا من ذلك، فان قلت: ان لم يكن زنا فهو أعظم منه قلنا: الحد أمر توقيفي يجب في الزنا لا فيما هو اعظم منه. الا ترى انه لايجب في الكفر الذي هو اعظم من الزنا؟ ثم ذكر البيهقي عن ابراهيم بن اسماعيل بن ابي حبيبة عن داود ابن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس حديث: من وقع على ذات محرم فاقتلوه ثم قال و قد رويناه من حديث عباد بن منصور عن عكرمة قلت: ابن ابي حبيبة متكلم فيه، و روى عن ابن معين ليس بشيء و قال الدارقطني متروك حكاه الذهبي و داؤد بن الحصين ايضا متكلم فيه، قال ابن المديني ما روى عن عكرمة

لانه عقد

رحمهما الله تعالى قالا فيما ليس بحرام على التابيد لايجب الحد كالنكاح بغير شهود (لانه عقد

منكر، و قال ابوحاتم: ليس بالقوي و قال ابن عيينة: كنا نتقى حديثه و قال ابن عدى اذا روى عنه ثقة فصالح الا ان يروى عنه ضعيف فيكون البلاء منه، مثل ابن ابي حبيبة، و ابن ابي يحيى، و عباد بن منصور ايضا ضعفه جماعة. قال ابن معين: ليس بشيء و قال ابن الجنيد متروك" الخ قلت: و ان سلمنا صلاحيته للاحتجاج به فليس فيه حكم من تزوج بامرأة ابيه، و انما فيه حكم من وقع عليها بغير النكاح، و ان سلم فمحمول على اباحة قتله تعزيرا لا حدا، فان الحد اما الجلد او الرجم، و التعزير موكول الى رأى الامام، و العلم عند الله الملك العلام. و الحديث اخرجه الحاكم في المستدرك، و قال صحيح الاسناد، فتعقبه الذهبي في تلخيصه و قال لا (٣٥٦/٤) ثم اخرج من طريق عبد الملك بن عمير عن وراد كاتب المغيرة عن المغيرة بن شعبة، قال "قال سعد بن عبادة: لو رأيت رجلا مع امرأة ابيه لضربته بالسيف غير مصفح فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: اتعجبون من غيرة سعد؟ فوالله لأنا أغير منه، و الله أغير مني" الحديث (٤ : ٣٥٨) فالحديث انما هو فيمن يرى مع امرأته رجلاً، هكذا روته الجماعة كما لايخفى على من له ممارسة بالحديث، و انظر فتح الباري (٢٢ : ١٥٤) و ان صح فليس فيه التزوج بامرأة ابيه، و لا اقامة الحد عليه، و غاية ما فيه اباحة قتل من أتى امرأة ابيه تعزيراً و قد قلنا به. و قد اشار البخاري الى ضعف الخبر الذي ورد في قتل من زنى بذات محرم، و هو ما رواه صالح بن راشد قال "اتى الحجاج برجل قد اغتصب اخته على نفسها، فقال: سلوا من هنا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عبدالله بن المطرف سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من تخطى الحرمتين فخطوا وسطه بالسيف فكتبوا الى ابن عباس، فكتب اليهم بمثله" ذكره ابن ابي حاتم في العلل، و نقل عن ابيه انه روى عن مطرف بن عبدالله بن الشخير من قوله يشير الى تجويز ان يكون الراوي غلط في قوله: عبد الله بن مطرف، و في قوله سمعت، و انما هو مطرف بن عبدالله، و لا صحبة له، قال ابن عبدالبر يقولون: ان الراوي غلط فيه، و اثر مطرف الذي اشار اليه ابوحاتم اخرجه ابن ابي شيبة من طريق بكير بن عبدالله المزني، قال "اتى الحجاج برجل قد وقع على ابنته، و عنده مطرف بن عبدالله و ابوبردة. فقال احدهما اضرب عنقه، فضربت عنقه" و الراوي عن صالح بن راشد ضعيف، و هو رفدة (ابن قضاعة، وثقه هشام بن عمار، و ضعفه الجمهور - كذا في مجمع الزوائد ٦ : ٢٦٩) و يوضح ضعفه قوله "فكتبوا الى ابن عباس" و ابن عباس مات قبل ان يلى الحجاج الامارة باكثر من خمس سنين، و لكن له طريق اخرى الى ابن عباس، اخرجها الطحاوي، و ضعف راويها، كذا في فتح الباري (١٢ : ١٠٤) و ليس فيه كما ترى حكم التزوج بذات محرم و غاية ما فيه انه يقتل من أتاها تعزيراً، و قال الحسن "من زنى بأخته فحده حد الزاني" علقه الباري و وصله ابن ابي شيبة بلفظ: "ما كان الحسن يقول فيمن تزوج ذات محرم و هو يعلم، قال: عليه الحد" و اخرج ابن ابي شيبة من طريق جابر بن زيد و هو ابو الشعثاء التابعي المشهور فيمن أتى ذات محرم منه، قال يضرب عنقه" كذا في فتح الباري ايضا (١٢ : ١٠٤) و لايخفى أن اثر ابي

لم يصادف محله، فيلغو كما اذا اضيف الى

لم يصادف محله فيلغو) لانه اضيف الى محل مجمع على تحريمه (كما اذا اضيف) اي العقد(الى

الشعثاء ليس فيمن تزوج ذات محرم منه، و انما هو فيمن أتاها أى من غير نكاح، فلم نجد القول بحد من تزوج ذات محرم منه الا عن الحسن فقط، و لابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم "ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها" حكم بالبطلان، و اوجب المهر و هو مسقط للحد بالاتفاق. لايقال: ان اباحنيفة لايقول بهذا الحديث لانا نقول، هو قائل به اذا زوجت نفسها من غير كفوء لها، و بمثله تتزوج المرأة بغير اذن الولي غالبا و الحديث اخرجه الترمذي و ابن ماجة و احتج به الجمهور، فاذا كان ذلك حكم هذا النكاح مع بطلانه، فكل نكاح باطل مثله في ايجاب المهر، و اسقاط الحد، و مدار الخلاف ان عقد النكاح يوجب شبهة ام لا؟ فعند الجمهور لا، و عند ابي حنيفة و سفيان و زفر نعم. و مدار كونه شبهة على انه ورد على ما هو محله او لا؟ فعندهم لا، لان محل العقد ما يقبل حكمه، و حكمه الحل، و هذه من المحرمات في سائر الحالات، فكان الثابت صورة العقد لا انعقاده، و عنده نعم لكونها محلا لنفس العقد، لا بالنظر الى خصوص عاقد و لذا صح من غيره عليها، و لذا ابيح نكاح الاخت باخيها في شريعة آدم عليه الصلوة و السلام و لو لم تكن محلا للعقد لم يجز في شريعة اصلا كما لو عقد على ذكر، فكان ذلك شبهة دارئة للحد، و ليس من شبهة الحل، فان الشبهة ما يشبه الثابت و ليس بثابت فلا ثبوت لما له شبهة الثبوت بوجه من الوجوه، الا ترى ان ابا حنيفة الزم عقوبته باشد ما يكون، و انما لم يثبت عقوبة هي الحد، فعرف انه زنا محض عنده، الا ان فيه شبهة العقد، فيندرأ بها الحد، و لايثبت النسب قاله المحقق في فتح الباري (٥ : ٤٢) و قول ابن حزم "و ليس عليه (عنده) الا التعزير دون الاربعين فقط" (المحلى ١١ : ٢٠٣) باطل منشأه عدم معرفته بمذهب ابي حنيفة فانه الزم في ذلك عقوبته باشد ما يكون، و لو رأى الامام قتله قتله ثم احتج ابن حزم بما رواه عبدالرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب انه قال فيمن زنى بذات محرم "يرجم على كل حال" الخ قلنا ليس ذلك فيمن تزوج ذات محرم ثم ذكر ما رواه عبدالرزاق عن معمر عن عوف هو ابن ابي جميلة، ثني عمرو بن ابي هند، قال "ان رجلا اسلم و تحته اختان، فقال له علي بن ابي طالب: لتفارقن احداهما او لاضربن عنقك" الخ. قلنا ليس فيه لاجلدنك مأة، او لارجمنك، و الحد اما الرجم و اما الجلد، فالاثر محمول على التعزير، و اختلف عمر و علي رضي الله عنهما في المعتدة اذا تزوجت بزوج آخر و دخل بها فقال علي المهر لها، و قال عمر لبيت المال و هذا اتفاق منهما على سقوط الحد، و لان النكاح بالمحرم ليس بزنا لغة، لان اهل اللغة لايفصلون بين الزنا وغيره الا بالعقد، .... و هم لايعرفون الحل و الحرمة شرعا، و لان هذا الفعل كان حلالا في شريعة من قبلنا و الزنا ما كان حلالا قط، و كذلك اهل الذمة يقرون على هذا، و لايقرون على الزنا قط، بل يحدون عليه، و كذلك لاينسب اولادهم بمثل هذا النكاح الى اولاد الزنا، فعرفنا ان هذا الفعل ليس بزنا، و حد الزنا لايجب بغير الزنا لانه لو وجب انما يجب بالقياس و لا مدخل للقياس في الحد، كذا في المبسوط للسرخسي (٩ : ٨٦) و أما

الذكور،

الذكور) فلايكون العقد شبهة بخلاف ما اذا لم يعلم بالتحريم لان الشرعيات لايثبت حكمها قبل

ما ورد عن عمر انه امر بالتفريق بين المحارم من المجوس فكان ذلك قبل ان يحدثه عبدالرحمن بن عوف "ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذ الجزية من المجوس، فاراد ان يلحقهم باهل الكتاب بعد التفريق بين المحارم، و النهي عن الزمزمة" و لما علم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذ الجزية عنهم و لم يفرق اقرهم على النكاح بالمحارم، و كذا من بعده من الخلفاء كما مر، و محال ان يقروهم على الزنا فافهم هذا و قد قال ابن حزم "ان المملوكة الكتابية لايحل وطئها، و ان وطئها فلاحد عليه، و الولد لاحق، و لما اورد عليه فما الفرق بين هذا، و بين من وطئ احدا من ذوات محارمه؟ فاوجبتم في كل هذا حد الزنا، و لم تلحقوا الولد قال "ان الفرق في ذلك هو ان الله تعالى اباح ملك اليمين جملة، و حرم ذوات المحارم بالنسب و الرضاع و الصهر، و المحصنات من النساء تحريما واحداً فحرمت اعيانهن، و لم يحل منهن لمس، و لا رؤية عرية، و لا تلذذ اصلا لانهن محرمات الاعيان. و قال تعالى و لا تنكحوا المشركات حتى يؤمن، فانما حرم فيهن النكاح فقط، و النكاح ليس الا عقد الزواج، او الوطأ فقط فاذا ملكناهن فلم تحرم علينا اعيانهن، اذ لا نص في ذلك و لا اجماع و انما حرم وطأهن فقط و بقى سائر ذلك على التحليل بملك اليمين، كالمملوكة و الحائض و المحرمة و الصائمة فرضا، و الحامل من غير السيد، و لا فرق. فلما لم يكن في واحدة من هولاء محرمة العين كن فراشا في غير الوطأ، فان كان الوطأ و ان كان حراما فهو في فراش لم يحرم فيه الا الوطأ فقط، و كل وطأ في غير محرم العين فليس عهرا و لا زنا، و انما العهر ما كان في محرمة العين فقط" الخ. (١١ : ٢٥٦) قلنا هذا قياس، و القياس كله باطل عندكم، فأتوا بحديث يدل على الفرق بين محرم العين وغيره، و على ان الزنا انما هو ما كان في محرمة العين فقط، و ايضا فقد قلتم بان من تزوج خامسة او امرأة في عدتها فهو زان، و الخامسة و المعتدة البائن ليستا من محرمات الاعيان لا بالنسب و لا بالرضاع، و لا بالصهر، و لا بشيء، فبطل قولكم "كل وطأ في غير محرم العين فليس عهرا و لا زنا" فان فسرتم محرمة العين من لا يجوز نكاحها في الحال لمانع و ان جاز بعد ارتفاعه كان ذلك غلطا لغة، و خطأ شرعاً فان محرمة العين انما هي مالا تتصف بالحل ابداً و الا فلقائل ان يقول: ان كل محرمة الوطأ محرمة العين مادام وطئها حراما، فان حرمة الوطأ هي الاصل في حرمة النكاح بالمحرمات، فلا فرق بين محرمة النكاح و محرمة الوطأ، فمن قال ان المملوكة الكتابية لايحل وطئها، لزمه القول بكون من وطئها زانيا واجب الحد، و الا فهو متلاعب. و كيف يصح القول برؤية من حرم وطئها عريانة و جواز التلذذ بلمسها من غير ان يثبت له حل وطئها قبل ذلك؟ فبطل القياس على الحائض و المحرمة و الصائمة فرضا و امثالهن، فانما جاز رؤية احداهن عريانة، و لمسهن تلذذا لثبوت حل وطئها من قبل، و انما عرضت الحرمة لعارض، بخلاف الامة الكتابية فلم يثبت حل وطئها بعد عند القائل بحرمتها، فلايصح القول بكونها فراشا لا في الوطئ و لا في غيره، فان كون المرأة فراشا فرع حل وطئها فافهم، فان اهل الظاهر لايفقهون و لا يعرفون معانى الشرع، و لا طرق الاستنباط يحكمون و يؤيد قول ابي حنيفة ما

و هذا لان محل التصرف ما يكون محلا

السمع (و هذا) اشارة الى بيان قوله لانه عقد لم يصادف محله (لان محل التصرف مايكون محلا

رواه ابن حزم في المحلى (١١ : ٢٤٨) من طريق موسى بن معاوية نا وكيع عن سفيان الثوري عن جابر الجعفي عن الحكم بن عتيبة "ان عمر بن الخطاب كتب في امرأة تزوجت عبدها: فعزرها و حرمها على الرجال" (سند حسن و تحريمها على الرجال كان تعزيراً) و عن ابن شهاب عن ابن سمعان، قال كان ابو الزبير يحدث عن جابر بن عبدالله الانصاري انه قال: "جاءت امرأة الى عمر بن الخطاب و نحن بالجابية، نكحت عبدها، فتلهف عليها، و هم برجمها، ثم فرق بينهما، و قال للمرأة لايحل لك ملك يمينك" الخ. فهذا عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه لم يحد في ذلك مع كونه نكاحاً محرما، قد اتفقت الامة على حرمته، و لايعرف له من الصحابة رضي الله عنهم مخالف، و اما قول ابن حزم: "ان عمر رضي الله تعالى عنه قد هم برجمها، فلولا ان الرجم عليها كان واجبا ما هم، و انما ترك رجمها اذ عرف جهلها بلاشك" الخ. ففيه ان هذا من الزيادة في الحديث بالظن، لم لايجوز ان يكون قد هم برجمها لكونها زانية حقيقة ثم تركها لكونها متزوجة صورة؟ و الحدود تدرأ بالشبهات، و ايضا: فان الهم بالرجم لم يذكره الا ابن سمعان، و هو ضعيف عندك فلا راحة لك فيما روى، و الحجة انما هو في ما رواه جابر عن الحكم بن عتيبة، و ليس فيه الا انه عزرها و حرمها على الرجال، و أما قوله "و اذ يحتجون بقول عمر، فيلزمهم ان يحرموها على الرجال في الابد، كما جاء عن عمر" الخ فقد اشرنا الى الجواب عنه ان ذلك كان عن عمر تعزيرا لا حدا، لاتفاق الامة على انه ليس من الحد في شيء، و التعزير موكول الى رأى الامام، فلايلزمنا ان نحرمها على الرجال في الابد، و الله تعالى اعلم و انما اطلنا الكلام في هذا المقام لدفع الطعن عن ابي حنيفة الامام و قد قال في الخلاصة ان الفتوى على قولهما (دون قوله) كما في فتح القدير (٥ : ٤٢) و الله تعالى اعلم. المسألة الثالثة : في الهداية "او عمل عمل قوم لوط، فلا حد عليه عند ابي حنيفة و يعزر" الخ. (٢ : ٤٩٦) و في الدرالمختار "و لايحد بوطئ دبر، و قالا : ان فعل في الاجانب حد و ان في عبده و امته او زوجته فلا حد اجماعا بل يعزر قال في الدر بنحو الاحراق بالنار، و هدم الجدار، و التنكيس من محل مرتفع باتباع الاحجار. و في الحاوي و الجلد اصح، و في الفتح يعزر و يسجن حتى يموت او يتوب، و لو اعتاد اللواطة قتله الامام سياسة" الخ و في رد المحتار قوله بنحو الاحراق الخ متعلق بقوله يعزر و عبارة الدر فعند ابي حنيفة يعزر بامثال هذه الامور الخ (٣ : ٢٤٠) و اختلفت الآثار في المسئلة و من احسنها ما في الترغيب للحافظ المنذري (٢ : ٤٢٥) "حرق اللوطية بالنار اربعة من الخلفاء ابوبكر الصديق، و على بن ابي طالب، و عبدالله بن الزبير، و هشام بن عبد الملك، و روى ابن ابي الدنيا و من طريقه البيهقي باسناد جيد عن محمد بن المنكدر ان خالد بن الوليد كتب الى ابي بكر الصديق انه وجد رجلا في بعض نواحي العرب ينكح كما تنكح المرأة، فجمع لذلك ابوبكر اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم و فيهم على بن ابي طالب فقال علي ان هذا ذنب لم تعمل به امة الا امة واحدة، ففعل الله بهم ما قد علمتم ارى ان تحرقه بالنار، فاجتمع رأى اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يحرق بالنار،

لحكمه، و حكمه الحل، و هي من المحرمات

لحكمه) و هذا المحل ليس محلا لحكمه (و حكمه الحل، و هي من المحرمات) على التابيد

فامر به ابوبكر ان يحرق بالنار" الخ و في الدراية (٢٤٨) روى ابن ابي شيبة و البيهقي باسناد صحيح عن ابن عباس في حد اللوطي ينظر اعلى بناء في القرية، فيرمى منه منكسا ثم يتبع بالحجارة" الخ و في التلخيص الحبير (٢ : ٣٥٤) "حديث ان عليا قال يرجم اللوطي البيهقي من طرق، من فعله انه رجم لوطيا" الخ و في الدراية (٢٤٨) "قال ابن ابي شيبة حدثنا وكيع عن بن ابي ليلى عن القاسم بن الوليد عن يزيد بن قيس ان عليا رجم لوطيا" الخ و في النيل (٢ : ٣٠) "و روى (أى البيهقي) من وجه آخر عن جعفر بن محمد عن ابيه عن علي في غير هذه القصة، قال يرجم و يحرق بالنار" الخ. و اما ما في النيل (٧ : ٢٩) "عن عكرمة عن ابن عباس، قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل و المفعول به. رواه الخمسة الا النسائي و اخرجه الحاكم و البيهقي، و قال الحافظ رجاله موثقون الا ان فيه اختلافا، و قال الترمذي و انما يعرف هذا الحديث عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم من هذا الوجه، و روى محمد بن اسحاق هذا الحديث عن عمرو بن ابي عمرو فقال ملعون من عمل عمل قوم لوط، و لم يذكر القتل انتهى، و قال يحيى بن معين عمرو بن ابي عمرو مولى المطلب ثقة، ينكر عليه حديث عكرمة عن ابن عباس، ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اقتلوا الفاعل و المفعول به و قد استنكر النسائي هذا الحديث" الخ ملخصا لكن رأى ابي عبدالله الحاكم على اثباته، كما سيأتى في حواشي الباب الآتي، فغايته الاختلاف، و هو لايضر كما عرفت غير مرة. و اما قول الترمذي "و روى محمد بن اسحاق" الخ فالجواب عنه انهما حديثان مستقلان، و لا استحالة فيه، و لا معارضة بين اجماع جمهور الصحابة على الاحراق او الرجم، و بين ما يدل عليه هذا الحديث لان انواع التعزير مختلفة موكولة الى رأى الامام و معلوم ان القتل و كذا الاحراق ليسا حدا، بل تعزيرا فان الحد اما الجلد او الرجم، او يحمل الحديث على من اعتاد هذا العمل، و لم ينزجر بالزجر فيقتله الامام سياسة، و كذا المفعول به ان كان بالغاً، و جواز الاحراق في هذه الصورة، قال بعض الناس هو مخصص من الحديث الذي رواه البخاري و الترمذي و الامام احمد، كما في كنز العمال (٣ : ٨١) "اني كنت امرتكم ان تحرقوا فلانا و فلانا بالنار، و ان النار لايعذب بها الا الله، فان اخذتموهما فاقتلوهما" الخ قلت كلا ليس بمخصوص و انما حرقه من حرقه من الصحابة بعد قتله او رجمه، كما يشعر به ما رواه البيهقي من طريق جعفر بن محمد و قد مر، و الله تعالى اعلم و سيأتي قول محمد في البهيمة الموطوءة "انها لاتحرق بغير ذبح فانها مثلة" الخ و الانسان اولى بان لايحرق بغير ذبح، فان المثلة بالأنسان اشد منها بالحيوان قال ابن حزم "فعل قوم لوط من الكبائر الفواحش المحرمة، كلحم الخنزير و الميتة و الدم و الخمر و الزنا و سائر المعاصي، من احله او احل شيئا مما ذكرنا فهو كافر مشرك، حلال الدم و المال، و انما اختلف الناس في الواجب عليه. فقالت طائفة يحرق بالنار الاعلى و الاسفل، و قالت طائفة يحمل الاعلى و الاسفل الى اعلا جبل بقرية، فيصب منه و يتبع بالحجارة. و قالت طائفة يرجم الاعلى و الاسفل، سواء احصنا او لم يحصنا و قالت

فلايكون محلا للحل، فلاينعقد العقد اصلا كالبيع

طائفة يقتلان جميعاً و قالت طائفة اما الاسفل فيرجم، احصن او لم يحصن، و اما الاعلى فان احصن رجم، و ان لم يحصن جلد جلد الزنا. و قالت طائفة الاعلى و الاسفل كلاهما سواء، ايهما احصن رجم، و ايهما لم يحصن جلد مأة كالزنا و قالت طائفة لا حد عليهما و لا قتل، لكن يعزران ثم ذكر في حجة القول الاول من طريق ابن وهب عن ابن سمعان عن رجل، اثر خالد بن الوليد و كتابته الى ابي بكر بذلك، فقال ابوبكر عليه الرجم، و تابعه اصحاب رسول الله صلي الله عليه وسلم على ذلك من قوله، فقال علي يا امير المؤمنين ان العرب تأنف من عار المثل و شهرته انفا لاتأنفه من الحدود التي تمضي في الاحكام، فأرى ان تحرقه بالنار، فقال ابوبكر صدق ابوحسن، و كتب الى خالد بن الوليد ان احرقه بالنار، ففعل قال ابن وهب (راوى الحديث) لا ارى خالداً أحرقه بالنار الا بعد ان قتله، لان النار لايعذب بها الا الله تعالى" الخ. ثم اخرجه من طريق ابن حبيب عن مطرف بن عبدالله عن محمد بن المنكدر و موسى بن عقبة و صفوان بن سليم نحو ما ذكرناه عن الترغيب للمنذري و زاد ثم حرقهما ابن الزبير في زمانه ثم حرقهما هشام بن عبدالملك ثم حرقهما القسرى بالعراق. قال ابن حزم و لاتقوم به حجة، لانه لم يروه الا ابن سمعان عن رجل أخبره لم يسمه، و ايضا فان ابن سمعان مذكور بالكذب، وصفه بذلك مالك بن أنس، و ايضا فان الاحراق بالنار قد صح عن رسول الله صلى الله وسلم انه نهى عن ذلك. و ابن المنكدر و موسى بن عقبة و صفوان بن سليم و داؤد بن بكر عن ابي بكر كلها منقطعة، ليس منهم احد ادرك ابابكر (و هو ايضا خلاف ما صح عن النبي صلى الله عليه وسلم من النهي عن الاحراق بالنار، و من النهي عن المثلة) و ذكر في حجة من قال يصعد به الى اعلى جبل قول ابن عباس و قد سئل عن حد اللوطي فقال "يصعد به الى اعلى جبل في القرية، ثم يلقى منكسا ثم يتبع بالحجارة" قال و وجدنا هم يحتجون بانه هكذا فعل الله بقوم لوط، و بحديث ابي هريرة مرفوعاً "الذي يعمل عمل قوم لوط فارجموا الاعلى و الاسفل" و قال فيه "و قال احصنا او لم يحصنا" (رواه ابن ماجة ايضاً و فيه عاصم بن عمر العمري يضعف في الحديث من قبل حفظه زيلعي) قال ابن حزم و كله لا حجة لهم فيه، اما فعل الله تعالى في قوم لوط فانه ليس كما ظنوا، فنص تعالى نصا جليا على ان قوم لوط كفروا و كذبوا بالنذر، فارسل عليهم الحاصب، فصح ان الرجم الذي اصابهم لم يكن للفاحشة وحدها، لكن للكفر و لها، فلزمهم ان لايرجموا من فعل فعل قوم لوط الا ان يكون كافرا، و الا فقد خالفوا حكم الله، و ايضا فان الله تعالى اخبر ان امرأة لوط اصابها ما اصابهم، و قد علم كل ذي مسكة عقل انها لم تعمل عمل قوم لوط، فان قيل انها كانت تعينهم على ذلك العمل قلنا فارجموا كل من اعان على ذلك العمل بدلالة او قيادة، و الا فقد تناقضتم و ايضا فان الله تعالى اخبر انهم راودوه عن ضيفه فطمسنا اعينهم فيلزم ايضا ان يطمسوا و يسملوا عيني كل من راود آخر. و اما من قال يقتلان، فلما روينا عن ابن عباس و ابي هريرة و جابر مرفوعاً "اقتلوا الفاعل و المفعول به" و ليس لهم منه شيء يصح، اما حديث ابن عباس فانفرد به عمرو بن ابي عمرو، و هو

ضعيف (في الرواية عن عكرمة خاصة) و اما حديث ابي هريرة فانفرد به القاسم بن عبدالله بن عمر بن حفص، و هو مطرح غاية السقوط، و اما حديث جابر فعن يحيى بن ايوب، و هو ضعيف، و عن عباد بن كثير و هو شر منه و اما حديث ابن ابي الزناد فابن ابي الزناد ضعيف و محمد بن عبدالله مجهول، و هو ايضا مرسل فسقط كل ما في هذا الباب و اما من قال يرجم المحصن منهما فلما روى عن عطاء قال "شهدت عبدالله بن الزبير و أتى بسبعة اخذوا في اللواط فسأل عنهم، فوجد اربعة قد احصنوا فامربهم فاخرجوا من الحرم، ثم رجموا بالحجارة حتى ماتوا و جلد ثلاثة الحد، و عنده ابن عباس و ابن عمر فلم ينكرا ذلك عليه" (رواه البيهقي ايضا) قال ابن حزم فيه مجاهيل (و روى الطبراني عن جابر الجعفي، سمعت سالم بن عبدالله و أبان بن عثمان و زيد بن حسن يذكرون ان عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه أتى برجل قد فجر بغلام من قريش معروف النسب، فقال عثمان و يحكم ابن الشهود، أحصن؟ قالوا تزوج امرأة و لم يدخل بها، فقال علي لعثمان لو دخل بها لحل عليه الرجم، فاما اذ لم يدخل بأهله فأجلده الحد فقال ابوايوب اشهد اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الذي ذكر ابوالحسن فأمر به عثمان رضي الله تعالى عنه فجلد مأة قال الهيثمي في مجمع الزوائد و فيه من لم أعرفه ٦ : ٢٧٢) قال ابن حزم و أما من قال لا حد في ذلك، فوجدنا هم يحتجون بقول الله تعالى و لايقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق، و لايزنون الى قوله الا من تاب، و قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لايحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث، كفر بعد ايمان، و زنا بعد احصان، الحديث. فحرم الله تعالى دم كل امرأ مسلم و ذمي الا بالحق، و لا حق الا في نص او اجماع، و ليس فاعل فعل قوم لوط واحدا من هولاء، فدمه حرام الا بنص او اجماع، و قد قلنا انه لايصح في قتله أثر، نعم و لايصح ايضا في ذلك شيء عن احد من الصحابة رضي الله عنهم لان الرواية في ذلك عن ابي بكر و على الصحابة انما هي منقطعة، و احداهما عن ابن سمعان عن مجهول، و الاخرى عمن لايعتمد على روايته، و أما الرواية عن ابن عباس، فاحداهما عن معاذ بن الحرث عن عبدالرحمن بن قيس الضبي عن حسان بن مطرد و كلهم مجهولون، و الرواية عن ابن الزبير و ابن عمر مثل ذلك، عن مجهولين، فبطل ان يتعلق احد في هذه المسألة عن احد من الصحابة رضي الله عنهم بشيء يصح، ثم روى بسنده عن وكيع نا سفيان الثوري عن منصور بن المعتمر و ابي اسحاق الشيباني كلاهما عن الحكم بن عتيبة انه قال فيمن عمل عمل قوم لوط يجلد دون الحد قال و به يقول ابوحنيفة و من اتبعه و ابوسليمان و جميع اصحابنا" الخ. ملخصا (١١ : ٣٨٢ : ٣٨٥) قلت و لايخفى ان تضعيف ابن حزم، و تجهيله للرجال مما لايعتمد عليه، و الحق ان رجم اللوطي و حرقه بالنار (بعد الرجم) قد ثبت عن الصحابة و كذا ثبت الامر بقتل الفاعل و المفعول به عن النبي صلى الله عليه وسلم بطرق عديدة، يقوى بعضها بعضا، و لكن اختلاف الصحابة في حده يدل على انه ليس بزنا و الا لم يختلفوا في موجبه فثبت أن فاعل فعل قوم لوط ليس بزان و لا حده حد الزنا، و انما حكمه التعزير بما رأى الامام من جلد

و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان العقد صادف محله،

الوارد على الميتة و الدم، و في المغني(١) لابن قدامة الحنبلي رحمه الله تعالى فاما الانكحة المجمع على بطلانها كنكاح الخامسة و المعتدة و المتزوجة للغير و المطلقة ثلاثاً و ذوات محارمه من نسب او رضاع لايمنع وجوب الحد لما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال حين رفع اليه امرأة تزوجت في عدتها فقال هل علمتما فقالا لا، فقال عمر رضي الله عنه لو علمتما لرجمتكما و في وطء محارمه بالعقد و بغيره روايتان في رواية يجب الحد لعموم الآية. و الثانية يقتل بكل حال لما روي عن البراء رضي الله عنه قال لقيت عمي و في يده الراية، فقلت الى اين تريد، قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى رجل نكح امرأة ابيه من بعده ان اضرب عنقه و آخذ ماله. قال الترمذي(٢) هذا حديث حسن. و روى ابن ماجة(٣) باسناده انه عليه الصلوة و السلام قال من وقع على ذات محرم فاقتلوه، انتهى كلامه. قال العامة هذا حديث شاذ مخالف لظاهر الكتاب و الاحاديث المشهورة، فيؤول ذلك في حق من يستحله او امر بذلك سياسة و تعزيرا لا حداً (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان العقد صادف محله) لان الوطء حصل عقيب النكاح

او قتل او رجم، و لاينحصر تعزيره في اقل من عشرة اسواط، و لا في السجن كما قاله ابن حزم و نصه "فوجب كفهم بما لايستباح به لهم دم و بشرة و لا مال" الخ (١١ : ٣٨٥) بل للامام عندنا ان يوجعهم عقوبة و لو رأى قتلهم قتلهم، او رجمهم رجمهم و اما استدلالهم بتسميتها فاحشة في قوله تعالى "أتاتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العلمين" على كونه زنا فمدفوع بان الفاحشة لاتخص لغة الزنا، قال تعالى "و لاتقربوا الفواحش ما ظهر منها و ما بطن" الخ من فتح القدير (٥ : ٤٤) و اما استدلال الموفق على كونه زنا بما روى عن ابي موسى انه صلى الله عليه وسلم قال اذا اتى الرجل الرجل فهما زانيان" رواه البيهقي فمدفوع، بان في سنده محمد بن عبدالرحمن القشيري كذبه ابوحاتم، و رواه الازدي في الضعفاء و الطبراني في الكبير من وجه أخر عن ابى موسى و فيه بشر بن الفضل مجهول كذا في التلخيص الحبير (٢ : ٣٥٢) (١) المغنى ص١٥٤ ج١٠ نحوه و فيه روى ابونصر المروزي باسناده عن عبيد بن فضيلة قال رفع الى عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه تزوجت في عدتها فقال هل علمتما فقالا لا قال لو علمتما لرجمتكما فجلده اسواطا ثم فرق بينهما. (٢) الترمذي الاحكام باب من تزوج امرأة ابيه ص١٦٢ ج١ و ابوداود الحدود باب الرجل يزني بحريمه ص٢٦٤ ج٢ و النسائي كتاب النكاح نكاح ما نكح الآباء ص٨٤ ج٢ و ابن ماجة الحدود باب من تزوج امرأة ابيه ص١٩٠ و الدارمي النكاح باب الرجل يتزوج امرأة ابيه ص٢٠٥ ج١ و مسند احمد ص٢٩٢ ج٤. (٣) ابن ماجة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه باب من أتى ذات محرم ص١٨٧ و الترمذي الحدود باب ما جاء فيمن يقول للآخر يا مخنث ص١٧٧ ج١ و اشار ابن الهمام رحمه الله تعالى الى هذه الاحاديث ايضا.

لان محل التصرف مايقبل مقصوده. و الانثى من بنات بني آدم قابلة للتوالد و هو المقصود فكان ينبغي ان ينعقد في حق جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل، فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت، الا انه ارتكب جريمة و ليس فيه حد مقدر فيعزر. و من وطئ اجنبية فيما دون الفرج يعزر، لانه منكر ليس فيه شيء مقدر و من أتى امرأة في الموضع المكروه او عمل عمل قوم لوط فلاحد عليه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و يعزر.

المضاف الى محل قابل لمقاصد النكاح، و النكاح صيغته زوجت و تزوجت و ما يجري ذلك المجرى من الالفاظ، فصادف محله (لان محل التصرف ما يقبل مقصوده) اي مقصود المتصرف، و هو التوالد ههنا (و الانثى من بنات آدم قابلة للتوالد، و هو المقصود) اي التوالد هو المقصود و لاشك ان المحل بهذه الصفة (فكان ينبغي ان ينعقد في حق جميع الاحكام) و ان يثبت العقد حقيقة الحل، لكن لم يثبتها لاقتضاء المنصوص، بخلاف ذلك، و هو معنى قوله (الا انه) اي الا ان هذا العقد (تقاعد عن افادة حقيقة الحل، فيورث الشبهة) اي شبهة الحل (لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت) فان قلنا من اين يرث شبهة الحل و قد ثبت الحرمة بالنص من كل وجه، فانتفى الحل من كل وجه. قلت سلمنا ان الحل انتفى من كل وجه، فنحن لا ندعي الحل من وجه حتى يرد السؤال، بل ندعي شبهة الحل لصورة العقد، و هي حاصلة. و قد علل المنصف ذلك بقوله لان الشبهة الى آخره. فان قلت لو كانت الشبهة ثابتة لوجبت العدة، و ثبت النسب. قلت منع بعض اصحابنا عدم وجوب العدة و عدم ثبوت النسب. و على تقدير التسليم نقول مبنى وجوب العدة و ثبوت النسب على وجود الحل من وجه او من كل وجه، و هنا لم يوجد الحل اصلا، و يعنى بالحل ان يكون الفاعل على حالة لا يلام عليها. و هاهنا يلام الواطئ و يعزر عقوبة عليه (الا أنه ارتكب جريمة) استثناء من قوله فيورث الشبهة اي يورث العقد الشبهة، فلايجب الحد الا انه ارتكب جريمة، اي ذنباً (و ليس فيه) اي في هذه الجريمة (حد مقدر) فاذا لم يكن حد مقدر (فيعزر) عقوبة عليه (و من وطئ اجنبية) اي امرأة اجنبية (فيما دون الفرج) كالتبطين و التفخيذ و نحوهما، و ليس المراد منه الاتيان في الدبر، لان بيانه يجيء عقيب هذا (يعزر) قالوا اشد التعزير (لانه) اي لان الوطء فيما دون الفرج (منكر) لانه شيء قبيح (ليس فيه شيء مقدر) في الشرع و به قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى في رواية، و في رواية يقتل (و من اتى امرأة في الموضع المكروه) اي في الدبر (او عمل عمل قوم لوط) اي او اتى في دبر الذكر (فلا حد عليه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و يعزر) هذا لفظ القدوري رحمه الله

و قال في الجامع الصغير و يودع في السجن

تعالى (و قال) اي محمد رحمه الله تعالى (في الجامع الصغير و يودع في السجن) و صورته في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى في الدبر يعمل عمل قوم لوط قال لايبلغ حد الزنا، لكنه يحبس و يعزر، و ذكر علاء الدين في طريقة الخلاف يعزر و يحبس الى ان يتوب او يموت. و في روضة(١) الزندويسي الخلاف في الغلام اما لو اتى امرأة في موضع المكروه يحد بلا خلاف. و لو فعل هذا بعبده او امته او منكوحته لايحد بلا خلاف، و كذ في الفتاوى الظهيرية. و في الكافي ان في العبد يحد، و في الامة و المنكوحة عدم الحد و الاصح ان الكل على الخلاف، نص عليه في الزيادات. و قد انعقد(٢) الاجماع على تحريم اتيان المرأة في الدبر، و ان كان فيه خلاف قديم فقد انقطع. و كل من روي عنه اباحته فقد روي عنه انكاره فاما القائلون بتحريمه من الصحابة رضي الله عنهم فعلي بن ابي طالب و ابن عباس و ابوهريرة و ابو الدرداء و ابن مسعود رضي الله عنهم و لم يختلف منه احد من الصحابة الا ابن عمر رضي الله عنهما و من التابعين الا نافع رحمه الله تعالى. فاما ابن عمر رضي الله عنهما فروى النسائي(٣) في سننه و الطبري من طريق مالك قال اشهد على ربيعة لحدثني عن سعيد بن يسار انه سال ابن عمر رضي الله تعالى عنهما عن ذلك فقال لا باس به، و قد صح عنه انه انكر ذلك فيما روى النسائي(٤) من رواية الحارث بن يعقوب عن سعيد بن يسار قال، قلت لابن عمر انا

---

(١) و في روضة الخ و في الكفاية و في روضة الامام الزندويسي رحمه الله الخلاف في الغلام اما لو وطئ امرأة في الموضع المكروه منها يحد بلاخلاف و الاصح ان الكل على الخلاف نص عليه في الزيادات و لو فعل هذا بعبده او امته او منكوحته لايحد بلا خلاف و كذا في فتح القدير ص٤٣ ج٥ و فيه ايضا نعم فيه ما ذكرناه من التعزير و القتل لمن اعتاده ان رآى الامام ذالك لكن للشافعي رحمه الله تعالى في عبده و امته و منكوحته قولان و هل تكون اللواطة في الجنة اي هل يجوز كونها فيها قيل ان كان حرمتها عقلا و سمعا لاتكون و ان كان سمعا فقط جاز ان تكون و الصحيح انها لاتكون فيها لانه تعالى اسبتعده و استقبحه فقال ما سبقكم بها من احد من العالمين و سماه خبيثة فقال كانت تعمل الخبائث و الجنة منزهة عنهما. (٢) انعقد الاجماع الخ راجع لهذا المبحث فتح القدير ص٤٣ ج٥ و اعلاء السنن ص٦٣٧ ج١١ و المغني ص١٦٠ ج١٠ و الشرح الكبير مع المغني ص١٧٥ ج١٠ و تكملة شرح المهذب ص٢٢ ج٢٠ و الاوجز الحدود حد الذي يعمل عمل قوم لوط ص٢٩ ج٦ و المبسوط للسرخسي ص٧٧ ج٩ و راجع لما يتعلق ببعضه عمدة القاري كتاب التفسير باب نساؤكم حرث لكم ص١١٧ ج١٨ و تفسير احكام القرآن للجصاص ص٣٥١ ج١ تحت قوله تعالى نساؤكم حرث لكم الآية. (٣) النسائي في الكبرى كتاب عشرة النساء عنوان تاويل قول الله عزوجل نساؤكم حرث لكم ص٣١٥ ج٥. (٤) النسائي في الكبرى ص٣١٥ ج٥.

و قالا هو كالزنا فيحد، و هو احد قولي الشافعي رحمه الله تعالى و قال في قول يقتلان بكل حال، لقوله عليه الصلوة و السلام اقتلوا الفاعل و المفعول، و يروى فارجموا الاعلى و الاسفل و لهما انه في معنى الزنا، لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال

نشتري الجواري فنمحض لهن، قال و ما التمحيض، قال نأتيهن في ادبارهن، فقال ابن عمر او يعمل هذا مسلم؟ و روى النسائي(١) ايضا من رواية كعب بن علقمة عن ابي النضر انه اخبره قال لنافع مولى ابن عمر قد اكثر عليك القول، انك تقول عن ابن عمر رضي الله عنهما انه افتى بان يؤتي النساء في ادبارهن، قال نافع لقد كذبوا علي. و قال ابن حزم في المحلى و ما روينا اباحة ذلك عن احد الا عن ابن عمر رضي الله عنه باختلاف عنه. و عن نافع باختلاف عنه، و عن مالك باختلاف عنه، و روى الثعلبي في تفسيره عن رواية عطاف بن موسى عن عبدالله بن الحسن عن ابيه انه حكي عن مالك اباحة ذلك، و انكره اصحابه (و قالا) اي قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى (هو) اي اللواطة (كالزنا فيحد) فان كان محصناً يرجم، و الا فيجلد (و هو احد قولي الشافعي رحمه الله تعالى و قال في قول يقتلان بكل حال) يعني سواء كان محصن او غير محصن، و له فيه وجوه، يقتلان بالسيف و في وجه يرجمان بكراً كان او ثيباً، و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى تغليظاً. و في وجه يهدم عليه جدار. و في وجه يرمى من شاهق حتى يموت. و في شرح الوجيز و اصح القولين يجلد ان كان بكرا و يغرب و ان كان محصنا يرجم (لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (اقتلوا الفاعل و المفعول) هذا رواه ابوداود(٢) و الترمذي و ابن ماجة من حديث عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل و المفعول (و يروى فارجموا الاعلى و الاسفل) روى هذا ابن ماجة(٣) من حديث ابي هريرة رضي الله تعالى عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي يعمل عمل قوم لوط فارجموا الاعلى و الاسفل (و لهما) اي و لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (انه) اي فعل اللواطة، و في بعض النسخ و لهما انهما اي الاتيان في الموضع المكروه من المرأة و عمل قوم لوط (في معنى الزنا، لانه قضاء الشهوة في محل مشتهي على سبيل الكمال) و قال الكاكي قوله في معنى

---

(١) النسائي ايضا. (٢) ابوداود – الحدود – باب فيمن عمل عمل قوم لوط ص٢٦٥ ج٢ و الترمذي – الحدود – باب ما جاء في حد اللوطى ص١٧٦ ج١ و ابن ماجة الحدود باب من عمل عمل قوم لوط ص١٨٧ و الحاكم في الحدود ص٣٥٥ ج٤ و نصب الراية ص٣٣٩ ج٣ و تفصيل الاحاديث و الآثار المتعلقة بالباب في نصب الراية ص٣٣٩ الى ص٣٤٢ ج٣. (٣) ابن ماجة ص١٨٧.

على وجه تمحض حراماً لقصد سفح الماء. و له انه ليس زنا لاختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم في موجبه من الاحراق بالنار، و هدم الجدار

الزنا، في المعنى الذي تعلق به الحد من وجه، حتى ان من لايعرف الشرع لايفصل بينهما قوله - لانه - اي لان اتيان الدبر قضاء الشهوة في محل مشتهى اذ المحل انما يصير مشتهى باللين و الحرارة، و ذلك لايختلف بين القبل و الدبر، بل الاشتهاء و الرغبة في الدبر ابلغ، لانه لا يتوهم حدوث الولد، بخلاف القبل. و قال الاترازي و قيد الكمال احتراز عن البهيمة لان فرجها ينفر عنه الطباع السليمة فلم يكن يشتهى على سبيل الكمال (على وجه) يتعلق بقوله لانه قضاء الشهوة الى آخره (تمحض حراماً) صفة لقوله على وجه (لقصد سفح الماء) قال الاكمل(١) رحمه الله تعالى هو مناط الحد في الزنا فيلحق به اللواطة بالدلالة لا بالقياس، لان القياس لايدخل فيما يدرأ بالشبهات. و قال تاج الشريعة رحمه الله تعالى معنى سفح الماء هنا ابلغ، لان المحل لايصح للنسل و الحرث، فيكون اشد تضييعا للماء، لانه بذر و بذر الحب في محل لاينبت يكون اشد تضييعاً (و له) اي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (انه) اي الاتيان في الدبر (ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه) اي موجب الاتيان في الدبر (من الاحراق بالنار) روى الواقدي(٢) في كتاب الردة في آخر ردة بني سليم فقال حدثني يحيى بن عبدالله بن ابي فروة عن عبدالله بن ابي بكر بن حزام قال كتب خالد بن الوليد رضي الله عنه الى ابي بكر الصديق رضي الله تعالى عنه اخبرك اني اتيت برجل قامت عندي البينة انه يوطأ في دبره كما توطأ المرأة، فدعى ابوبكر رضي الله عنه اصحاب البي صلى الله عليه وسلم و استشارهم فيه، فقال له عمر و علي رضي الله عنهما احرقه بالنار، فان العرب يانف انفا لا يانفه احد غيرهم. و قال غيرهما اجلدوه، فكتب ابوبكر الى خالد بن الوليد ان حرقه بالنار، فحرقه خالد رضي الله تعالى عنه (و هدم الجدار عليهما) و قال الاترازي اختلف الصحابة رضي الله عنهم في حده فقال بعضهم يهدم

---

(١) الاكمل في العناية ص٤٣ ج٥. (٢) الواقدي الخ كذا في نصب الراية ص٣٤٢ ج٣ و فيه فقال القائل فيه.

فما حرق الصديق جدى و لا ابى - اذا المرء الهاه الخنا من حلائله و قال الزيلعي رحمه الله تعالى روى البيهقي في شعب الايمان (و كذا في السنن الكبرى باب ما جاء في حد اللوطي ص٢٣٢ ج٨ بالسند) ان خالد بن الوليد رضي الله تعالى عنه كتب الى ابي بكر رضي الله تعالى عنه انه وجد رجلا في بعض نواحي العرب ينكح كما تنكح المرأة فجمع ابوبكر الصحابة رضي الله تعالى عنهم فسألهم فكان من اشدهم في ذلك قولا على رضي الله تعالى عنه قال هذا ذنب لم يعص به الا امة واحدة صنع الله بها ما قد علمتم نرى ان نحرقه بالنار فاجتمع رأى الصحابة على ذلك انتهى و كذا في فتح القدير ص٤٤ ج٥.

و التنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك و لا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد و اشتباه الانساب، و كذا هو اندر وقوعاً لانعدام الداعي في(١) احد الجانبين و الداعي الى الزنا من الجانبين و ما رواه محمول على السياسة او على المستحل، الا انه يعزر عنده لما بيناه، و من وطئ بهيمة فلاحد عليه،

عليهما الجدار. قلت و لم اجد احداً اخرج هذا عن احد من الصحابة رضي الله عنهم (و التنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار) يعني ينكسان من اعلى المواضع، ثم يتبعان بالحجارة. و روى ابن ابي شيبة(٢) في مصنفه حدثنا غسان بن مضر عن سعيد بن يزيد عن ابي نضرة قال سئل ابن عباس رضي الله تعالى عنه ما حد الواطي، قال ينظر اعلى بناء في القرية فيرمى منه منكساً، ثم يتبع بالحجارة (و غير ذلك) اي و غير ما ذكر من الاشياء المذكورة، و هو قول بعضهم(٣) يحبسان في أنتن المواضع حتى يموتا نتنا (و لا هو) اي الاتيان في الدبر (في معنى الزنا، لانه ليس فيه اضاعة الولد) بيانه ان الوطء في القبل سبب لحصول الولد ظاهراً غالباً ثم اذا حصل الولد لايقوم بحضانته و تربيته لا الزاني و لا الزوج، لعدم الوثوق بكون الولد منه و الام عاجزة عن الانفاق عليه، فيضيع الولد، و ليس هذا في الاتيان في الدبر (و اشتباه الانساب) اي و ليس فيه ايضا اشتباه الانساب، لان اشتباه الانساب مبني على الدعوي، و هذا المعنى مفقود في اللواطة (و كذا هو أندر وقوعاً) اي و كذا فعل اللواطة، اندر وقوعاً (لانعدام الداعي من احد الجانبين) و هو جانب المفعول (و الداعي الى الزنا من الجانبين) جانب الفاعل و جانب المفعول، فلم يكن اللواطة في معنى الزنا، فلايثبت حكمه فيها قياساً (و ما رواه) اي الشافعي رحمه الله تعالى و هو قوله عليه الصلوة و السلام اقتلوا الفاعل و المفعول (محمول على السياسة، او على المستحل، الا انه يعزر عنده) اي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى يعزر اللوطي، و ان كان لايحد، و هذا استثناء من قوله ليس بزنا، و لا هو في معنى الزنا (لما بيناه) اشارة الى قوله لانه منكر ليس فيه شيء مقدر (و من وطئ بهيمة فلاحد عليه) و به قال زفر(٤) و مالك و عثمان البتي و روي عن ابن عمر رضي الله عنهما مثله، و به قال الشافعي في قول و احمد في رواية، و في قول الشافعي يحد كالزنا، و به قال احمد في رواية. و في قول يقتل رجماً بكراً كان

---

(١) في - ن - من. (٢) ابن ابي شيبة في اللوطي حد كحد الزنا ص٥٢٩ ج٩ و سنن البيهقي ص٢٣٢ ج٨.
(٣) و هو قول بعضهم و في فتح القدير و الكفاية ص٤٤ ج٥ هذا قول ابن الزبير رضي الله تعالى عنه. (٤) و به قال زفر رحمه الله تعالى الخ راجع اعلاء السنن ص٦٤١ ج١١ و المغني ص١٦٣ ج١٠ و تكملة المجموع ص٢٩ ج٢٠.

لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية، و في وجود الداعي، لان الطبع السليم ينفر عنه. و الحامل عليه نهاية السفه و افراط الشبق، و لهذا لايجب ستره، الا انه يعزر لما بيناه. و الذي يروي انه تذبح البهيمة و تحرق،

او ثيباً، لما روي عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجدتموه على بهيمة فاقتلوه و اقتلوا البهيمة (لانه) اي لان وطء البهيمة (ليس في معنى الزنا في كونه جناية) لانه ناقص (و في وجود الداعي) اي و لا في وجود الداعي (لان الطبع السليم ينفر عنه) اي عن وطء البهيمة (و الحامل عليه) اي على وطء البهيمة (نهاية السفه) لان العاقل لايفعل هذا لقبحه و شناعته (او فرط الشبق)(١) بفتح الشين المعجمة و الباء الموحدة و هو شدة الغلمة (و لهذا) اي و لاجل نفرة الطبع السليم (لايجب ستره) اي ستر فرج البهيمة، و انما اضمر عليه و ان لم يسبق ذكره لان ذكر البهيمة يستلزمه كذا قاله الاكمل. قلت دعوى الاستلزام غير موجه، نعم يفهم ذلك عن ذكر البهيمة، و لو كان الطبع داعياً عليه لوجب ستر ذلك الموضع، كما في القبل و الدبر، و الايلاج فيه كالايلاج في الكوز، و لهذا لايجب الغسل، و لا ينقض الطهارة بنفس الايلاج بدون الانزال، فلايكون في معنى الزنا (الا انه يعزر لما بينا) يعني قوله ارتكب جريمة، و ليس فيها حد (و الذي يروى) اي و الحديث الذي يروى (انه تذبح البهيمة و تحرق) بهذا اللفظ غريب(٢) نعم روى الاربعة(٣) من حديث عكرمة عن ابن

---

(١) الشبق - و في لسان العرب الشبق (بفتح الشين و فتح الباء) شدة الغلمة (بضم الغين) و طلب النكاح و في المنجد شبق (باب سمع) شبقا (بفتحتين) اشتدت شهوته الفاسدة و في حاشية الهداية لمولنا عبد الحى رحمه الله تعالى من حواشي الشهاب على البيضاوي الشبق بفتح الشين المعجمة و فتح الباء الموحدة هيجان الشهوة. (٢) غريب الخ عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه اتى برجل وقع على بهيمة فدرء عنه الحد و امر بالبهيمة فاحرقت اخرجه محمد رحمه الله تعالى في الآثار باب درء الحدود ص١٤٩ رجاله كلهم ثقات و فيه انقطاع فان الراوي عن عمر رضي الله تعالى عنه مجهول و لكن المنقطع في القرون الثلاثة حجة عندنا لاسيما و قد احتج به المجتهد قال محمد رحمه الله تعالى و هذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قولنا - قال محمد رحمه الله تعالى في الاصل بلغنا عن علي بن ابي طالب رضي الله تعالى عنه انه اتى برجل اتى بهيمة فلم يحده و امر بالبهيمة و احرقت بالنار كذا في المبسوط للسرخسي ص١٠٢ ج٩ و بلاغات محمد حجة عندنا كما ذكرناه في المقدمة كذا في اعلاء السنن باب من اتى البهيمة فلا حد عليه ص٦٤٢ ج١١ كذا في نصب الراية ص٣٤٢ ج٣ و نحوه في فتح القدير ص٤٥ ج٥ و الزيلعي بسط الكلام و البحث عن السند حسب دابه. (٣) الاربعة - ابوداود- الحدود - باب فيمن اتى بهيمة ص٢٦٥ ج٢ و الترمذي -الحدود- باب فيمن يقع على البهيمة ص١٧٦ ج١ و النسائي في الكبرى التعزيرات باب من وقع على بهيمة ص٣٢٢ ج٤ و ابن ماجة باب من اتى ذات محرم و من اتى بهيمة ص١٨٧.

فذلك لقطع(١) التحدث به، و ليس بواجب

عباس رضي الله تعالى عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أتى بهيمة فاقتلوه و اقتلوها (فذلك لقطع التحدث به) اراد به ان الامر بقتله، و قتل البهيمة لاجل قطع تحدث الناس اذا رأوا البهيمة ربما يقولون هذه هي البهيمة التي فعل بها فلان يعير به فلان و يتضرر و يقعون ايضا في الغيبة فلاجل ذلك تقتل البهيمة قطعا لتحدث الناس على أنا نقول ان الحديث شاذ ضعيف ضعفه البخاري و يحيى بن معين و ابو داود مع ان ابارزين روى(٢) عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال لا حد على من اتى بهيمة و كذلك روى الثقات عن ابن عباس رضي الله عنه و ان ثبت فتاويله في حق المستحل كتاويل قوله عليه الصلوة و السلام من اتى(٣) امرأته الحائض او امرأته في غير مأتاها فقد كفر بما انزل على محمد صلى الله عليه وسلم و قيل انما قال ذلك في فاعل اعتاد بذلك و من اعتاد قتل سياسة عندنا، الا ترى انه امر بالقتل المطلق و لم يفرق بين المحصن وغيره، و لو كان بمنزلة الزنا لفرق بينه و بين المحصن وغيره (و ليس بواجب) اي الاحراق ليس بواجب. و قال شمس الائمة السرخسي(٤) الاحراق جائز و ليس بواجب، فان كانت الدابة(٥) مما يؤكل لحمها تذبح، و تؤكل و لاتحرق بالنار على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قال ابويوسف رحمه الله تعالى تحرق بالنار و يضمن الفاعل القيمة ان كانت لغيره لانها قتلت لاجله كيلا يعير و قال الطحاوي و ان اتى بهيمة وجب التعزير، و لايحد الحد. و ان كانت البهيمة له ذبحت و لاتؤكل قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ليس هذا من اصحابنا في كتبهم، فاما محمد(٦) رحمه الله تعالى روى عن عمر رضي الله تعالى عنه انه لم يحد واطئ البهيمة، و أمر بالبهيمة حتى احرقت بالنار. و قال بعض اصحاب الشافعي رحمه الله تعالى تقتل و لاتحرق و يضمن الفاعل ان كانت لغيره. و قال بعض اصحابه لاتقتل، و فرق(٧) بعض اصحابه فقال ان

---

(١) لقطع التحدث اى لقطع امتداد التحدث فتح. (٢) روى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه انه قال لا حد على من اتى بهيمة رواه ابوداود ص٢٢٥ ج٢ و كذالك اخرجه الترمذي ص١٧٦ ج١ و النسائى في الكبرى ص٣٢٣ ج٤ قال الترمذي و هذا اصح من الاول. (٣) من اتى الخ اخرج الترمذي نحوه عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه - الطهارة - باب ما جاء في كراهية اتيان الحائض ص١٩ ج١ و ابن ماجة عنه باب النهي عن اتيان الحائض ص٤٧. (٤) السرخسي ص١٠٢ ج٩. (٥) فان كانت الدابة مما يؤكل الخ كذا في الكفاية. (٦) فاما محمد رحمه الله تعالى روى اي في كتاب الآثار كما ذكر آنفا في الحاشية. (٧) و فرق بعض اصحابه الخ و في تكملة المجموع ص٣٠ ج٢٠ و منهم من قال ان كانت البهيمة مما تؤكل ذبحت و ان كانت مما لاتؤكل لم تذبح لان النبي صلي الله عليه وسلم نهى عن ذبح الحيوان لغير مأكلة فان قلنا قتلها و هي مما يؤكل ففي اكلها وجهان =>

و من زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لايقام عليه الحد، و عند الشافعي رحمه الله تعالى يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان مقامه. و لنا قوله عليه الصلوة و السلام لايقام الحدود في دار الحرب،

كانت مما تؤكل لاتذبح، و ان كانت مما لاتؤكل تذبح. و في اكلها وجهان، احدهما لايحل و يضمن لغيره (و من زنى في دار الحرب او في دار البغي، ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد) يعني اذا خرج و أقر عند القاضي (و عند الشافعي(١) رحمه الله تعالى يحد) و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى (لانه التزم باسلامه احكامه) اي احكام الاسلام (اينما كان مقامه) بضم الميمين، اي ثبت موضع اقامته و الضمير يرجع الى من في و من زنى (و لنا قوله عليه الصلوة و السلام) اي قول النبي صلى الله عليه وسلم (لايقام الحدود في دار الحرب) هذا الحديث غريب، و اخرج البيهقي عن الشافعي رحمه الله تعالى قال قال ابويوسف رحمه الله تعالى حدثنا بعض اشياخنا عن مكحول عن زيد بن ثابت رضي الله تعالى قال لايقام الحدود في دار الحرب مخافة ان يلحق اهلها بالعدو، و المراسيل عندنا حجة كالمسند و قال الكاكي في شرح الصاعدي روى محمد رحمه الله تعالى في السير الكبير عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من زنى او سرق في دار الحرب و اصاب بها حداً ثم هرب و خرج الينا فانه لايقام عليه الحد، ثم قال وجه التمسك(٢)

=> احدهما انه يحرم لان ما امر بقتله لم يؤكل كالسبع و الثاني انه يحل اكلها لانه حيوان مأكول ذبحه من هو من اهل الذكوة و ان كانت البهيمة لغيره وجب عليه ضمانها ان كانت مما لاتؤكل و ضمان ما نقص بالذبح اذا قلنا انها تؤكل لانه هو السبب في اتلافها و ذبحها انتهى. (١) و عند الشافعي رحمه الله تعالى الخ راجع اعلاء السنن باب ان لايقام الحد في دار الحرب ص٦٤٥ ج١١ و فتح القدير ص٤٦ ج٥ و نصب الراية ص٣٤٣ ج٣. و اطال ابن الهمام البحث فاجاب الشيخ العثماني عنه في الاعلاء ص٦٤٨ ج١١. (٢) وجه التمسك كذا في العناية و الكفاية قال الشيخ العثماني رحمه الله تعالى في اعلاء السنن و هامشه ص٦٤٥ الى ٦٥٠ ج١١.

باب ان لايقام الحد في دار الحرب و لابعد ما خرج منه

حدثنا ابن المبارك عن ابي بكر بن ابي مريم عن حكيم بن عمير ان عمر بن الخطاب كتب الى عمير بن سعد الانصاري و الى عماله "ان لايقيموا حدا على احد من المسلمين في ارض الحرب حتى يخرجوا الى ارض المصالحة لئلا تحمله حمية الشيطان ان يلحق بالكفار" رواه ابن ابي شيبة في مصنفه (ص١٠٣ ج١٠ اقامة الحد على الرجل في ارض العدو زيلعي ٢ : ٩٣) قلت رجاله كلهم ثقات الا ابابكر بن ابي مريم، ضعفه بعضهم لاختلاط حدث له حين سرق بيته، كما في التهذيب (١٢ : ٢٩) و لكن ابن المبارك من قدماء اصحاب فيعتبر بروايته عنه، و قال ابن عدي "هو ممن لايحتج باحاديثه، و يكتب احاديثه، فانها صالحة" كذا في التعليق المغنى (٢ : ٣٥٠) الخ.

بحديث الكتاب انه عليه الصلوة و السلام لم يرد به حقيقة عدم الاقامة لان كل واحد انه لايمكن

فالحديث حسن صالح. و قد تابعه احوص بن حكيم عن أبيه عند سعيد بن منصور كما في المغني (١٠ : ٥٣٧) و احوص مثل ابن ابي مريم او امثل منه، وثقه ابن المديني و فضله ابن عتيبة على ثور، و قال العجلي "لا بأس به" و قال الدارقطني "يعتبر به" الخ من التهذيب (١ : ١٩٢) لاسيما و قد احتج بحديثه هذا محمد في السير الكبير (٤ : ١٠٨) و هو امام مجتهد، فليكن احتجاجه بحديثه تصحيحا له، و حكيم عن عمر مرسل، و المرسل حجة عندنا عن عطية بن قيس الكلابي ان رسول الله صلى االله عليه وسلم قال "اذا هرب الرجل و قد قتل او زنى او سرق الى العدو ثم اخذ أمانا على نفسه فانه يقام عليه ما فر منه، و اذا قتل في ارض العدو او زنى او سرق، ثم اخذ امانا لم يقم عليه شيء مما احدث في ارض العدو" اخرجه محمد في السير الكبير (٤ : ١٠٨) و لم يذكر سنده، و لكن احتجاج المجتهد بحديث تصحيح له. عن ابي الدرداء رضي الله عنه "انه كان ينهى ان يقام الحدود على المسلمين في ارض العدو، مخافة ان تلحقهم الحمية فيلحقوا بالكفار، فان تابوا تاب الله عليهم و الا كان الله تعالى من ورائهم" ذكره محمد ايضا في السير الكبير، و احتج به، فهو حسن او صحيح، و رواه ابن ابي شيبة ايضا ص١٠٣ ج١٠ مختصرا كما في الدراية و نصب الراية (٢ : ٩٤) و فيه ابوبكر بن ابي مريم المذكور ايضا. الشافعي قال قال ابويوسف حدثنا بعض اشياخنا عن مكحول عن زيد بن ثابت قال "لاتقام الحدود في دار الحرب مخافة ان يلحق اهلها بالعدو" اخرجه البيهقي عنه (نصب الراية ٢ : ٩٣) و في الدراية (٢ : ٢٤٨) رواه الشافعي في اختلاف العراقيين" الخ. قلت و هذا فيه مجهول و انقطاع فان مكحولا لم ير زيد بن ثابت، و لكن ابايوسف قد عرف شيخه بالثقة و الارسال لايضرنا، فالاثر محتج به لاسيما و قد احتج به ابويوسف الامام و قال في كتاب الخراج (٢١٢). حدثنا الاعمش عن ابراهيم عن علقمة قال "غزونا ارض الروم و معنا حذيفة و علينا رجل من قريش فشرب الخمر فاردنا ان نحده فقال حذيفة تحدون اميركم و قد دنوتم من عدوكم فيطمعون فيكم" قلت و هذا سند صحيح موصول قال "و بلغنا ايضا ان عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه امر أمراء الجيوش و السرايا ان لايجلدوا احدا حتى يطلعوا من الدرب قافلين و كره ان تحمل المحدود حمية الشيطان على اللحوق بالكفار" و فيه تقوية لما رواه ابوبكر بن ابي مريم عن حكيم بن عمير فان احتجاج المجتهد به تصحيح له. عن جنادة بن ابي امية قال كنا مع بسر بن ارطاة في البحر فاتى بسارق يقال له مصدر قد سرق بختية فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لاتقطع الايدي في السفر و لولا ذلك لقطعته" رواه ابوداود (٢ : ٢٥٧) و سكت عنه و لفظ الترمذي في الغزو (فتح القدير ٥ : ٤٦) و في نيل الاوطار (٧ : ٤٨) "و رجال اسناده ثقات الى بسر" قلت و بسر بن ارطاة صحابي كما يشعر به قوله "سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم" و هذا اسناده مصرى قوى كما قاله الحافظ في الاصابة (١ : ١٥٢) فلا معنى لجرح من جرح فيه فان الصحابة كلهم عدول في الرواية.

اقامة الحد في دار الحرب لانقطاع ولاية الامام عنها فكان المراد بعدم الاقامة عدم وجوب الحد.

ترجمة يسر بن ارطاة و الجواب عن بحث ابن الهمام

قلت و اندفع بما ذكرنا في المتن في بسر بن ارطاة قول المحقق في الفتح "فلو انه اي بسر بن بسر بن ارطاة سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم لاتقبل رواية من رضى ما وقع عام الحرة، و كان من اعوانها" (٥ : ٤٧) اما اولا فلما ثبت من الاجماع على عدالة الصحابة كلهم، لاسيما في باب الرواية و كيف يرد رواية بسر بن ارطاة من يحتج باحاديث البخاري و مسلم و بعض رواتهما من الخوارج، و هم اسوأ حالا من بسر حتما ؟ و اما ثانيا فلان بسرا لم يكن عونا ليزيد في وقعة الحرة، و لم يذكره احد من المؤرخين في اعوانها و لا شركائها ، و الذي تولى كبرها هو مسلم بن عقبة و الحصين بن نمير السكوني و الذي نقموا على بسر انما هو ما فعله حين وجهه معاوية الى اليمن و الحجاز في اول سنة اربعين، و امره ان ينظر من كان في طاعة على فيوقع بهم ففعل ذلك كما في الاصابة (١ : ١٥٣) و لايجرح احد من اصحاب معاوية و على رضي الله عنهم بما فعل بعضهم ببعض، فكانوا كلهم على هدى، و ان كان على اولى بالحق، و معاوية بالباطل و لكن المجتهد اذا اصاب اوتى اجره مرتين، و ان اخطأ فله الاجر مرة قال المحقق "و الحق ان هذه الآثار لو ثبتت بطريق موجب للعمل معللة بمخافة لحاق من اقيم عليه باهل الحرب و انه يقام اذا خرج، و كونه يقيمه اذا خرج الى دار الاسلام خلاف المذهب" الخ. قلت و لكن اثر عطية بن قيس الكلابي صريح في انه لايقام الحد على من زنا او سرق او قتل في ارض العدو بعد خروجه الى دار الاسلام ايضا و احتجاج المجتهد بحديث تصحيح له، فثبت ان التعليل بمخافة اللحاق يختص بمن كان زنى او شرب و سرق في عسكر الاسلام قريبا من العدو، فهذا يحد بعد رجوعه الى دار الاسلام كما هو مقتضي اثر عمر رضي الله تعالى عنه لكونه اتى بموجب الحد في محل هو تحت ولاية الامام و هو المعسكر صرح به في الهداية، حيث قال "و لو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه، كالخليفة و امير مصر، يقيم الحد على من زنى في معسكره، لانه تحت يده" الخ. و اما الذي زنى او شرب او سرق في دار الحرب ثم رجع الى دار الاسلام فليس علة درأ الحد عنه مخافة اللحاق، بل ما ذكره صاحب الهداية بقوله "لانها لم تنعقد موجبة فلاتنقلب موجبة" كمن زنى و هو مجنون ثم افاق لايحد اتفاقا فكذا هذا. قال المحقق "و مع هذا فانها معارضة بما اخرجه ابوداود في المراسيل عن مكحول عن عبادة مرفوعاً اقيموا حدود الله في السفر و الحضر الحديث" قلنا لا معارضة لكونه محمولا على السفر في بلاد الاسلام، و حديث بسرة على السفر في ارض العدو، بدليل ما في رواية الترمذي من لفظ الغزو قال "و ايضا معارض اطلاق فاجلدوا و نحوه فيكون زيادة" قلنا قد اتفق العلماء ان المخاطب به الائمة و الامراء و لايخاطبون الا بجلد من هو في ولايتهم قال تعالى "و الذين آمنوا و لم يهاجروا مالكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا" فان قيل "لانسلم ان حال الزنا يجب على الامام الاقامة بل انما يجب اذا ثبت عنده فقبل الثبوت عنده لايتعلق به وجوب اصلا و فرض المسألة انه زنى في دار الحرب ثم اقر عند القاضي بعد الخروج او شهد به عليه في غير تقادم

فان قيل الحديث معارض بقوله تعالى فاجلدوا قلنا خص منه مواضع الشبهة بالاجماع، فيجوز

و عند ذلك هو قادر و يتعلق به ايجاب الاقامة و المذهب خلافه" (فتح القدير ٥ : ٤٧) قلنا لايخفى ان سبب وجوب الحد هو سبب وجوب اقامته، و ليس الا فعل الزنا و الثبوت عند الحاكم انما هو شرط وجوب الاقامة لا سببه فاذا تحقق السبب غير موجب لاينقلب موجبا سواء كان انتفاء الايجاب لنقص في الفاعل، كجنونه وقت الزنا او لقصور في الحاكم كصدور الزنا في محل ولايته منقطعة عنه، فافهم. فانه من مزال الاقدام و معترك الافهام، و العلم عند الله الملك العلام قال الموفق في المغنى "من أتى حدا من الغزاة او ما يوجب قصاصا في ارض الحرب لم يقم عليه حتى يقفل، فيقام عليه، و بهذا قال الاوزاعي و اسحاق و قال مالك و الشافعي و ابوثور و ابن المنذر يقام الحد في كل موضع، لان امر الله تعالى باقامته مطلق في كل مكان و زمان، الا ان الشافعي قال اذا لم يكن امير الجيش الامام او امير اقليم فليس له اقامة الحد (لكونه غير ماذون باقامته غالباً) و يؤخر حتى يأتى الامام لان اقامة الحدود اليه، و كذلك ان كان بالمسلمين حاجة الى الحدود، او قوة به، او شغل عنه آخر. و قال ابوحنيفة لا حد و لا قصاص في دار الحرب و لا اذا رجع. و لنا على وجوب الحد امر الله تعالى و رسوله به، (قلنا لكنه مقيدا بولاية الامام بالنص و لبداهة انه لايؤمر الا باقامة ما هو قادر علي اقامته، و ارض الحرب منقطعة عن ولايته) و على تاخيره ما روى بسر بن ارطاة. فذكر ما ذكرناه، ثم قال و لانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم و روى سعيد في سننه باسناده عن الاحوص بن حكيم عن ابيه، أن عمر كتب الى الناس فذكر ما ذكرناه و قال و عن ابي الدرداء مثل ذلك، و عن علقمة قال و أتى سعد بابي محجن يوم القادسية و قد شرب الخمر، فذكر قصة و فيه فقال سعد و الله لا اضرب اليوم رجلا ابلى الله المسلمين به ما أبلاهم فخلى سبيله، قال و هذا اتفاق لم يظهر خلافه" الخ (١ : ٥٣٨) قلت و فيه انه درأ الحد عنه، فلم يحده بعد الرجوع الى دار الاسلام و هذا خلاف ما عليه الجمهور، و مؤيد لابي حنيفة فافهم و القصة اخرجها الحاكم ابواحمد و ابن ابي شيبة من طريق ابي معاوية حدثنا عمرو بن المهاجر عن ابراهيم بن محمد بن سعد عن ابيه كما في الاصابة (٧ : ١٧) و هذا سند صحيح، رجاله ثقات كلهم و لعل ابامحجن كان قد شرب خارج المعسكر بعيدا منه، و لذا جاز لسعد ان يدرأ الحد عنه، و الا لاقامه عليه بعد الرجوع الى ارض الاسلام، و الله تعالى اعلم. قال الموفق "و اما اذا رجع فانه يقام الحد عليه لعموم الآيات و الاخبار (قد مر ما فيه فتذكر) قال و انما اخر لعارض كما يؤخر لمرض او شغل فاذا زال العارض اقيم الحد لوجود مقتضيه و انتفاء معارضه، و لهذا قال عمر حتى يقطع الدرب قافلا لها" الخ قلنا ذلك فيمن ارتكب موجب الحد في المعسكر و هو تحت يد الامام و قد قلنا باقامة الحد عليه اذا قطع الدرب قافلاً كما مر، و النزاع انما هو فيمن زنى في دار الحرب خارجا عن المعسكر فلايكون الامام مخاطبا باقامة الحد عليه حين ارتكبه و هو متفق عليه لعجزه عن ذلك فكان خارجا من عموم الآيات و الاخبار و لا بعد رجوعه الى ارض الاسلام لان ما لم ينعقد موجبا لاينقلب موجبا و لما روينا في المتن من اثر عطية بن قيس الكلابي رضي الله تعالى عنه و لان

و لان المقصود هو الانزجار و ولاية الامام منقطعة فيهما، فيعرى الوجوب عن الفائدة و لايقام بعد ما خرج، لانها لم تنعقد موجبة فلاتنقلب موجبة، و لو غزى من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة و أمير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره، لانه تحت يده، بخلاف امير العكسر و السرية لانه لم يفوض اليهما الاقامة. و اذا دخل حربي دارنا بأمان فزنى بذمية او زنى ذمي بحربية يحد الذمي و الذمية عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و لايحد الحربي و الحربية، و هو قول

تخصيصه بخبر الواحد (و لان المقصود) اي من اقامة الحد (هو الانزجار) و ذا لايحصل بنفس الوجوب، بل الاستيفاء، و لايمكن استيفاءه ثمة لعدم ولاية الامام، فامتنع الوجوب لعدم فائدته، و هو الاستيفاء، اشار اليه المصنف بقوله (و ولاية الامام منقطعة فيهما) اي في دار الحرب و دار البغي كذلك (فيعرى الوجوب عن الفائدة) و هو الاستيفاء (و لايقام بعد ما خرج لانها لم تنعقد موجبة) اي لان هذه الفعلة او الزنية لم تنعقد حال كونها موجبة للحد (فلاتنقلب موجبة) بعد الخروج الينا فلايحد (و لو غزى من له ولاية الاقامة) اي اقامة الحدود (بنفسه) اي باختصاصه بذلك (كالخليفة و امير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره، لانه تحت يده) اي لان من زنى في معسكر من له الولاية تحت امره(١) (بخلاف امير العسكر) لانه لم يفوض له ولاية اقامة الحدود (و السرية) اي بخلاف امير السرية و هم الذين يسيرون بالليل و يختفون بالنهار، و منه خبر السرايا اربعمائة (لانه لم يفوض اليهما الاقامة) اي لم يفوض الى أمير العسكر و أمير السرية اقامة الحدود (و اذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية او زنى ذمي بحربية يحد الذمي و الذمية عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و لايحد الحربي و الحربية) و بقول ابي حنيفة(٢) رحمه الله تعالى قال الشافعي و احمد رحهما الله تعالى في حد الذمي و الذمية. و قال مالك رحمه الله تعالى لايحدان و لايحد الحربي و الحربية. و قال الشافعي رحمه الله تعالى يحدان (و هو قول

سعدا درأ الحد عن ابي محجن، و هذا اتفاق لم يظهر خلافه و لايجوز للامام و الامير ابطال حد من حدود الله اتفاقاً فثبت ان الزنا في دار الحرب لايكون موجبا للحد فافهم و عطية بن قيس الكلابي و يقال الكلاعي روى عن ابي بن كعب و معاوية و النعمان بن بشير و ابي الدرداء وغيرهم من الصحابة و كان غزا مع ابي ايوب الانصاري، و كان قارئ الجند قال ابومسهر "كان مولده في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة سبع، روى له مسلم و الاربعة و علق له البخاري" الخ. من التهذيب ملخصا (٧ : ٢٢٨). (١) تحت امره فالقدرة ثابتة عليه فتح. (٢) و بقول ابي حنيفة رحمه الله تعالى الخ راجع الشروح الثلاثة.

محمد رحمه الله تعالى في الذمي يعني اذا زنى بحربية، فاما اذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد رحمه الله تعالى و هو قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قول ابي يوسف اولا و قال ابويوسف رحمه الله تعالى يحدون كلهم، و هو قوله الآخر لابي يوسف رحمه الله تعالى ان المستامن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما ان الذمي التزمها مدة عمره و لهذا يحد حد القذف و يقتل قصاصاً، بخلاف حد الشرب، لانه ينعقد اباحته و لهما انه ما دخل للقرار بل لحاجة كالتجارة و نحوها فلم يصر من اهل دارنا و لهذا تمكن(١) من الرجوع الى دار الحرب، و لايقتل المسلم و لا الذمي به فانما(٢) التزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده، و هو حقوق العباد، لانه

محمد رحمه الله تعالى في الذمي يعني اذا زنى بحربية، فاما اذا زنى الحربي بذمية لايحدان عند محمد رحمه الله تعالى و هو قول ابي يوسف اولاً. و قال ابويوسف رحمه الله تعالى) آخراً (يحدون كلهم) و به قال الشافعي و زفر رحمهما الله تعالى (و هو قوله الآخر لابي يوسف رحمه الله تعالى ان المستأمن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات، كما ان الذمي التزمها مدة عمره، و لهذا) اي و لاجل التزامه احكامنا مدة اقامته (يحد حد القذف) اذا قذف مسلماً (و يقتل قصاصاً) اذا قتل و يمنع من الزنا و شراء العبد المسلم و المصحف، و يجبر على بيعهما بعد الشراء كما يجبر الذمي (بخلاف حد الشرب) جواب عما يقال لو كان كذلك لاقيم عليه حد الشرب، لانه من احكامنا، اجاب بقوله بخلاف حد الشرب يعني حد الشرب ليس كذلك (لانه يعتقد اباحته) فان قلت(٣) فهو يعتقد اباحة قتل المسلم و قذفه، فينبغي ان لايقتص منه، و لايحد لقذفه. قلت المعنى باعتقاد الاباحة هو ان يكون ذالك دينا و قتل النفس و القذف حرام في دينهم، فاباحتهم ذلك ليست بدين، و انما هو هوى و تعصب (و لهما) اي و لابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (انه) اي المستأمن (ما دخل) دارنا (للقرار، بل لحاجة كالتجارة و نحوها) مثل زيارة اقربائه او لاجل التطبيب لاجل مرضه فاذا كان كذلك (فلم يصر من اهل دارنا و لهذا) اي و لاجل عدم كونه من اهل دارنا (تمكن) اي الحربي المستأمن (من الرجوع الى دار الحرب) اذا عزم على الخروج من دار الاسلام و عزم على الدخول في در الحرب (و لايقتل المسلم و لا الذمي به) اي بسببه اذا قتل مسلم او ذمي، و الذمي اذا قتله مسلم يقتص به عندنا، فعلم ان الحربي لم يكن كالذمي (فانما التزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده، و هو حقوق العباد، لانه) اي

---

(١) تمكن - ن - يمكن. (٢) فانما - ن - و انما. (٣) فان قلت الخ كذا في العناية.

لما طمع في الانصاف يلتزم الانصاف(١) و القصاص و حد القذف من حقوقهم. اما حد الزنا حق(٢) الشرع، و لمحمد رحمه الله تعالى و هو الفرق ان الاصل في باب الزنا فعل الرجل، و المرأة تابعة له على ما نذكره ان شاء الله تعالى فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع، اما الامتناع في حق التبع لايوجب الامتناع في حق الاصل، نظيره اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة و تمكين البالغة من الصبي و المجنون. و لابي حنيفة رحمه الله تعالى فيه ان فعل الحربي المستأمن زنا، لانه مخاطب بالحرمات

لان الحربي المستأمن (لما طمع في الانصاف) اي في انصاف المسلمين، اي طمع في العدل لاجله على غيره (يلتزم الانصاف) اي قبل العدل لغيره عليه يقال انصف(٣) الرجل انصافاً اذا اعطي الحق، و تناصف القوم اذا تعاطوا الحق بينهم (و القصاص و حد القذف من حقوقهم) اي من حقوق العباد (و أما حد الزنا فمحض حق الشرع) فلم يلتزمه فلايلزمه، و لما فرغ عن الجواب عن قول ابي يوسف رحمه الله تعالى من جهة ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى شرع في بيان اثبات ما لكل منهما فيما ذهب اليه فقال (و لمحمد رحمه الله تعالى) يعني في الفرق بين المسلم او الذمي اذا زنى بحربية مستأمنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل و بين المسلمة او الذمية اذا زنت بحربي حيث لايجب الحد عنده عليهما بيانه ما قال بقوله (و هو الفرق ان الاصل في باب الزنا فعل الرجل، و المرأة تابعة له) لكونها محلاً (على ما نذكره ان شاء الله تعالى) اي في مسالة(٤) زنى صحيح بمجنونة او صغيرة (فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع) لان الحد انما يجب عليها بالتميكن من فعل موجب للحد فما مكنت من فعل موجب للحد، فلاتحد (اما الامتناع في حق التبع لايوجب الامتناع في حق الاصل) و الا لكان مستتبعاً فكان اصلاً و الغرض انه تبع، و ذلك خلف باطل (نظيره) اي نظير هذا (اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة) فانه يحد البالغ دونها، لان الامتناع في حق التبع لايستلزمه في حق الاصل (و تمكين البالغة) اي و نظيره ايضا تمكين البالغة نفسها (من الصبي و المجنون) فانه لايجب الحد عليها، لان الامتناع في حق الاصل يستلزمه في حق التبع (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى فيه ان فعل الحربي المستأمن زنا لانه مخاطب بالحرمات) كحرمات الكفر و الزنا و ان لم يكن مخاطباً باداء

---

(١) الانصاف - ن - الانتصاف. (٢) حق الشرع - ن - فمحض حق الشرع. (٣) انصف الخ و في نسخة انصفت الرجل انصافا اذا أعطيته الحق و في لسان العرب و النصف و النصفة و الانصاف اعطاء الحق انصف اذا اخذ الحق و اعطى الحق و انصف الرجل اي عدل و يقال انتصفته من نفسه و انتصفت انا منه و تتناصفوا اي انصف بعضهم بعضا من نفسه مختصرا. (٤) في مسئلة زنى صحيح الخ تأتى قريبا.

على ما هو الصحيح و ان لم يكن مخاطباً بالشرائع على اصلنا، و التمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها، بخلاف الصبي و المجنون لانهما لايخاطبان، و نظير هذ الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده، و عند محمد رحمه الله تعالى لاتحد. قال و اذا زنى الصبي او المجنون بامرأة طاوعته، فلاحد عليه و لا عليها. و قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى يجب الحد عليها، و هو رواية عن ابي يوسف رحمه الله تعالى و ان زنى صحيح بمجنونة او صغيرة يجامع(١) مثلها حد الرجل خاصة، و هذا بالاجماع

ما يحتمل السقوط من العبادات (على ما هو الصحيح) احترز به عن قول بعض مشايخنا العراقيين، فانهم قالوا بوجوب الاداء (و ان لم يكن مخاطباً بالشرائع على اصلنا) اشارة الى قول مشايخ ديارنا، اي ديار المصنف (و التمكين) اي تمكين المرأة نفسها منه (من فعل هو زنا موجب للحد عليها) لقوله تعالى الزانية و الزاني فاجلدوا(٢) فيجب الحد عليها لوجوب المقتضى و انتفاء المانع (بخلاف الصبي و المجنون لانهما لايخاطبان) هذا جواب عن مستشهد محمد رحمه الله تعالى على ان سقوط الحد من الاصل يوجب السقوط من التبع، و وجه ذلك ان هذا ليس بنظير ما نحن فيه، لان الصبي و المجنون لايخاطبان، فلايكون فعلهما زنا و التميكن من غير الزنا ليس بزنا، فلايوجب الحد و الحربي مخاطب ففعله زنا و التمكين من الزنا زنا يوجب الحد (و نظير هذا الاختلاف) الواقع بين ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده) اي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و به قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى (و عند محمد رحمه الله تعالى لاتحد قال) اي محمد في الجامع الصغير (و اذا زنى الصبي او المجنون بامرأة طاوعته) اي طاوعت الصبي او المجنون (فلاحد عليه و لا عليها. و قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى يجب الحد عليها) اي على المرأة المطاوعة (و هو) اي قول زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى (رواية عن ابي يوسف رحمه الله تعالى) و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى لانها زانية حقيقة (و ان زنى صحيح بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة، و هذا بالاجماع) انما قيد بقوله يجامع مثلها، لانها اذا لم تكن يجامع مثلها فوطئها لايجب عليه الحد، لانه كاتيان البهيمة، لان الطباع السليمة لاترغب في مثلها الا ترى الى ما قال صاحب الاجناس في كتاب الصوم و لو وطئ الرجل جارية لها خمس سنين و افضاها و لايحتمل الوطء لصغرها لا كفارة عليه، و لايفطر اذا لم ينزل و هو كايلاج البهيمة، و نقل ايضا

---

(١) يجامع – ن – تجامع. (٢) فاجلدوا – النور – ٢.

لهما ان العذر من جانبها لايوجب سقوط الحد من جانبه، فكذا العذر من جانبه و هذا لان كلاً منهما مؤاخذ بفعله. و لنا ان فعل الزنا يتحقق منه، و انما هي محل الفعل، و لهذا يسمى هو واطئا و زانياً و المرأة موطوءة و مزنيا بها الا انها سميت زانية مجازاً تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية في معنى المرضية او لكونها مسببة بالتمكين، فيتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا،

صاحب الاجناس عن نوادر ابن رستم. قال ابوحنيفة اذا جامع ابنة امرأته و هي صغيرة لايجامع مثلها فافضاها و افسدها لايحرم عليه امها لان هذه ممن لاتجامع. و قال ابويوسف اكره له البنت و الام. و قال محمد التنزه احب الي، و لكن لا افرق بينه و بين امها (لهما) اي لزفر و الشافعي رحمهما الله تعالى (ان العذر من جانبها) كما في صورة الاجماع بان كانت مجنونة او صبية او نائمة او مكرهة (لايوجب سقوط الحد من جانبه) اي من جانب الرجل بالاتفاق (فكذا العذر من جانبه) بان كان صبياً او مجنوناً، و الجامع كون كل واحد منهما مواخذاً بفعله و هو معنى قوله (و هذا لان كل) واحد (منهما) اي من الرجل و المرأة او من الذكر و الانثى (مؤاخذ بفعله)(١) اي لا بفعل صاحبه (و لنا ان فعل الزنا يتحقق منه) اي من الرجل لوجوده منه حقيقة (و انما هي) اي المرأة (محل الفعل) اي فعل الزنا (و لهذا) توضيح لكون الفعل حقيقة من الرجل، اي و لاجل ذلك (يسمي هو واطئاً و زانياً) على صورة اسم الفاعل (و المرأة) اي و يسمى المرأة (موطوءة و مزنيا بها الا انها سميت زانية) جواب عما يقال من جهة زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى ان الله تعالى سمى المرأة زانية بصورة اسم الفاعل و على قاذفها الحد و تقرير الجواب ان الله تعالى سماها زانية مجازا و اليه الاشارة في قوله الا انها سميت زانية (مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية في معنى المرضية) في قوله تعالى في عيشة راضية(٢) باسم المرضية و هذا احد التاويلين و التاويل الآخر بمعنى ذات رضى، و كما في قوله تعالى ماء دافق(٣) بمعنى مدفوق (او لكونها) عطف على قوله تسمية للمفعول باسم الفاعل، اي او لكون المرأة (مسببة) اي صاحبة سبب (بالتمكين) اي بسبب التمكين (فيتعلق الحد) مبتدأ (في حقها) في حق المرأة (بالتمكين) اي بسبب التمكين (من قبيح الزنا) خبر المبتدأ، و الاضافة فيه مثل الاضافة في جر

---

(١) مواخذ بفعله و في الفتح ص٠ ٥ ج٥ و قد فعلت ما هي به زانية لان حقيقة زناها انقضاء شهوتها بآلته و قد وجد الا يرى انه سبحانه وتعالى سماها زانية و هو ليس الا بذالك و يدل على انها زانية حقيقة كونها يحد قاذفها فلو لم يتصور زناها لم يحد قاذفها كالمجبوب انتهى. (٢) راضية - الحاقة - ٢١. (٣) دافق - الطارق - ٦.

و هو فعل من هو مخاطب بالكف عنه، و مؤثم على مباشرته. و فعل الصبي ليس بهذه الصفة، فلايناط به الحد. قال و من اكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه، و كان ابوحنيفة رحمه الله تعالى يقول اولاً يحد و هو قول زفر رحمه الله تعالى لان الزنا من الرجل لايكون الا بعد انتشار الآلة، و ذلك دليل الطواعية،

و قطيفة (و هو) اي الزنا (فعل من هو مخاطب بالكف عنه) اي عن الزنا (و مؤثم) بكسر(١) الثاء المثلثة من التاثيم اي الزنا (على مباشرته) اي بفعله (و فعل الصبي ليس بهذه الصفة) لان الصبي ليس بمخطاب بالكف عن الزنا و ليس بمؤثم ايضا اذا باشر وطء الاجنبية، لان القلم(٢) مرفوع عنه، و كذا فعل المجنون فاذا كان كذلك (فلا يناط به) اي فلايتعلق به (الحد) فان قيل(٣) لما لم يجب الحد على الصبي و المجنون بالزنا بمطاوعة ينبغي ان يجب عليهما العقر، لان الوطء في غير الملك لايخلو عن احد الامرين، اما العقر، و اما الحد، و العقر هو مهر المثل. و لهذا لو زنى الصبي بصبية او مكرهة يجب عليه المهر، و هاهنا لم يجب ذكره في الذخيرة، فما الفرق. قلنا لا فائدة في ايجاب المهر عليه، لانا لو اوجبنا عليه كان لولي الصبي الرجوع عليها في الحال بمثل ذلك، لانها لما طاوعته صارت آمرة له بالزنا معها، و قد لحقه بذلك غرم و صح الامر من المرأة لان لها ولاية على نفسها فلايفيد الايجاب بخلاف ما اذا كانت مكرهة او صبية فان المكرهة ليست بآمرة و الصبية لايصح امرها لعدم ولايتها على نفسها فكانت بمنزلة المكرهة(٤) (قال) اي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من اكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه، و كان ابوحنيفة رحمه الله تعالى يقول اولا يحد، و هو قول زفر رحمه الله تعالى) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و احمد رحمه الله تعالى (لان الزنا من الرجل لايكون الا بعد انتشار الآلة، و ذلك دليل الطواعية) اي علامتها و علامة الاختيار ايضا فاقترن

---

(١) بكسر الثاء الخ و الظاهر ان يكون بفتح الثاء على صيغة اسم المفعول كما يفهم من لسان العرب وغيره من كتب اللغة و في اللسان آثمه بالمد اوقعه في الاثم و اثمه بالتشديد قال له اثمت (اي نسب اليه الاثم) تأثم تحرج من الاثم و كف عنه و هو على السلب كما ان تحرج على السلب ايضا انتهى باختصارما. (٢) لان القلم الخ اشارة الى حديث النبي صلى الله تعالى عليه وسلم قال رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ و عن الصبي حتى يحتلم و عن المجنون حتى يعقل اخرجه ابوداود - الحدود - باب المجنون يسرق ص٢٥٦ ج٢ و النسائي باب من لايقع طلاقه من الازواج ص١٠٣ ج٢ و ابن ماجة باب طلاق المعتوه ص١٤٨ و قد سبق ذكره غير مرة و راجع نصب الراية ص٣٣٣ ج٢ و ص٢٢٢ ج٣ و البناية ص٣٤٢ ج٦ و فتح القدير ص٣٤٣ ج٣. (٣) فان قيل لما الخ كذا في العناية ص٥١ ج٥. (٤) بمنزلة المكرهة فايجاب المهر كان مفيدا ثمة اذ ليس لولى الصبي حينئذ ان ==>

ثم رجع عنه فقال لا حد عليه لان سببه الملجئ قائم ظاهرا، و الانتشار دليل متردد، لانه قد يكون من غير قصد، لان الانتشار قد يكون طبعاً لا طوعاً كما في النائم فاورث شبهة. و ان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لايحد لان الاكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان، لان المؤثر خوف الهلاك و انه يتحقق من غيره. و له ان الاكراه من غيره لايدوم الا نادراً لتمكنه من الاستعانة بالسلطان او بجماعة المسلمين و تمكنه(١) دفعه بنفسه بالسلاح

بالاكراه ما ينافيه، فانتفى الاكراه، يقال طاع(٢) يطوع طوعاً و طواعية مثل اطاع يطيع اطاعة، الا انهم يقولون طاع له، و لا يقولون طاعه كما يقولون اطاعه و فلان طوع يدك اي منقاد لك (ثم رجع عنه، و قال لا حد عليه لان سببه الملجئ قائم ظاهراً، و الانتشار دليل متردد، لانه قد يكون من غير قصد) اي انتشار الآلة (لان الانتشار قد يكون طبعاً) اي من حيث طبع الرجل (لا طوعاً) اي من حيث الطوع (كما في النائم) فان النائم قد تنتشر آلته لفرط فحوليته و ان لم يكن له قصد و اختيار (فاورث شبهة) فاندرء الحد، و به قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى في قول، و لكنه يعزر و هو قولهما (و ان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) و به قال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى في قول و احمد رحمه الله تعالى (و قالا) اي و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لايحد) و غير السلطان مثل السلطان عندهما، يعني لايحد سواء اكرهه السلطان او غيره (لان الاكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان، لان المؤثر) اي في الحكم (خوف الهلاك و انه يتحقق من غيره) اي من غير السلطان و به قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى (و له ان الاكراه من غيره) اي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الاكراه من غير السلطان (لايدوم الا نادراً لتمكنه) اي لتمكن المكره (من الاستعانة بالسلطان او بجماعة المسلمين و تمكنه دفعه) و تمكنه بالجر عطفا على قوله لتمكنه و قوله دفعه بالنصب مفعول المصدر، اي دفع غير السلطان. و حاصله ان المكره يتمكن من دفع الاكراه اذا وقع من غير السلطان بالسلطان او بجماعة المسلمين او بنفسه باستعمال السلاح. قلت فيه نظر فانه لايتمكن بشيء من ذلك في هذا الزمان. اما السلطان فانه لايصل اليه كل احد لاسيما اذا كان المكره من غلمة السلطان. و اما جماعة المسلمين فانهم ليس لهم غيرة الاسلام في هذا الزمان كما ينبغي. و اما دفع المكره الاكراه (بنفسه بالسلاح) او بغيره فيبعد حداً، و لا سيما اذا كان الاكراه

=> يرجع عليها بمثل ذالك - العناية. (١) و تمكنه - ن - و يمكنه. (٢) طاع الخ كذا في اللسان.

و النادر لا حكم له، فلايسقط به الحد، بخلاف السلطان لانه لايمكنه الاستعانة بغيره و لا الخروج بالسلاح عليه فافترقا. و من اقر اربع مرات في مجالس مختلفة انه زنى بفلانة. و قالت هي تزوجني او اقرت بالزنا و قال الرجل تزوجتها فلاحد عليه و عليه المهر في ذلك لان دعوى النكاح يحتمل الصدق، و هو يقوم بالطرفين فاورث شبهة، و اذا سقط الحد وجب المهر تعظيماً لخطر البضع.

من ولاة الشرطة او من العمال الظلمة الخونة و لاجل هذا ذكر في الكافي(١) ان هذا اختلاف عصر و زمان لا اختلاف حجة و برهان، فالسلطان كان في زمنه قوة و غلبة بحيث لايتجاسر احد على اكراه غيره، و في زمانهما ظهرت القوة لكل متغلب، فيتحقق الاكراه من غير السلطان فافتى كل منهم بما عاين، و في زماننا ظهرت القوة لكل متغلب فيفتى بقولهما (و النادر لا حكم له فلايسقط به الحد، بخلاف السلطان لانه لايمكنه الاستعانة بغيره) اي بغير السلطان (و لا الخروج) اي و لايمكنه الخروج (بالسلاح عليه فافترقا) قال محمد في الجامع الصغير (و من اقر اربع مرات في مجالس مختلفة انه زنى بفلانة، و قالت هي تزوجني او اقرت) اي المرأة (بالزنا و قال الرجل تزوجتها فلا حد عليه) و لا عليها، كذا في الكافي. و في بعض النسخ عليهما كذا ضبطه الاترازي، و في نسخة شيخنا علاء الدين رحمه الله تعالى و كتب في الحاشية و لا عليها، و انما قيد بقوله اربع مرات في مجالس مختلفة، لانه اذا اقر اربع مرات في مجلس واحد يعتبر ذلك مرة واحدة (و عليه المهر في ذلك) لانه لما سقط الحد وجب المهر لخطر المحل، لكن هذا فيما اذا كان دعوى النكاح قبل ان يحد المقر، فاذا كانت الدعوى بعد الحد فلا مهر لها، لان الحد لاينقض بعد الاقامة فان قلت(٢) كيف يجب المهر اذا اقرت بالزنا و ادعى الرجل النكاح و هي باقرارها طالبة للحد نافية للمهر قلت نعم ان الامر كذلك، لكن الحد سقط عنهما لشبهة من دعوى النكاح، فبعد سقوط الحد لم يلتفت الى اقرارها بالزنا فوجب العقر، و هو مهر المثل ابانة لخطر المحل (لان دعوى النكاح يحتمل الصدق، و هو يقوم بالطرفين) اي النكاح يقوم بطرفي الرجل و المرأة (فاورث شبهة) اي قولهما تزوجني او قوله تزوجتها اورث شبهة في سقوط الحد عن المدعي (فاذا سقط الحد وجب المهر تعظيماً لخطر البضع) و هو المحل و لان المهر(٣) يجب حقا لله تعالى في النكاح، و لهذا يجب في المفوضة، و هنا لما سقط الحد عنها يثبت في حقها

---

(١) الكافي و كذا في الفتح و الكفاية. (٢) فان قلت الخ كذا في الشروح الثلاثة. (٣) و لان المهر الخ كذا في الكفاية.

و من زنى بجارية فقتلها فانه يحد و عليه القيمة معناه فقتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه. و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه لايحد، لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة

شبهة النكاح فلاينتفي المهر بانتفائها كما في حقيقة النكاح (و من زنى بجارية فقتلها فانه يحد و) يجب (عليه القيمة) انما وضع المسألة في الجارية، و ان كان الحكم و هو وجوب الحد مع الضمان لايتفاوت بين الحرة و الجارية فانه لو فعل هذا مع الحرة يجب الحد و الدية على العاقلة لما ان شبهة عدم وجوب الحد انما ترد في حق الامة، لا في حق الحرة لان الحرة لاتصير ملكاً للزاني عند اداء الدية، و الامة تصير ملكاً كيلا يجتمع البدل و المبدل في ملك رجل واحد (معناه) اي معنى قول محمد رحمه الله تعالى (فقتلها بفعل الزنا) انما هو قول محمد رحمه الله تعالى لان المسألة من مسائل الجامع الصغير، قال الاترازي(١) رحمه الله تعالى و لم يذكر فيه الخلاف، و لكن ذكر ابوالليث في شرحه للجامع الصغير ذكر ابويوسف في الامالي ان هذا قول ابي حنيفة خاصة. و في قول ابي يوسف لا حد عليه، و لو كانت حرة فعليها الحد بالاتفاق، و كذا ذكر الخلاف في المنظومة بين ابي حنيفة و ابي يوسف، و لا قول فيه لمحمد (لانه جني جنايتين) و هما الزنا و القتل (فيوفر على كل واحد منهما) اي من الجنايتين (حكمه) اي حكم الجناية(٢) يعني يؤاخذ بموجب كل واحد منهما فيحد بالزنا و يضمن القيمة بالجناية على النفس، و لا منافاة بينهما فيجتمعان، فلايكون ضمان القيمة مانعاً عن وجوب الحد، لانه ضمان الدم (و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه لايحد، لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة) فلما يملكها قبل

---

(١) الاترازي رحمه الله تعالى الخ و في فتح القدير ص٥٤ ج٥ و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه لايحد ذكره بلفظ عن ليفيد انه ليس ظاهر المذهب عنه فان محمدا لم يذكر فيها خلافه في الجامع الصغير و عادته اذا كان خلافه ثابتا ذكره و كذا الحاكم الشهيد لم يذكر في الكافي خلافا و انما نقل الفقيه ابوالليث خلافه فقال ذكر ابويوسف في الامالي ان هذا قول ابي حنيفة خاصة و في قول ابي يوسف لا حد عليه و حيث نقل قول خاصة ذكره في المنظومة في باب قول ابي يوسف على خلاف قول ابي حنيفة و لا قول لمحمد فيها و قيل الاشبه كون قول محمد مثل قول ابي حنيفة و به قال الشافعي و احمد لانه لو قال لا قول له بان توقف لذكره و انما قال ابويوسف هذا قول ابي حنيفة خاصة لان محمدا كان في عداد تلامذته فلم يعتبر ما قاله قولا ينقله هو و على كون الخلاف هكذا مشى المصنف حيث قال و لهما انه ضمان قتل وجه قول ابي يوسف انه لايحد الخ. (٢) حكم الجناية و في حاشية چلپى ص٥٣ ج٥ فيوفر على كل واحد منهما حكمه اقول ذكر واحدا و ضمير حكمه على تاويل الجناية بالتعدى او لان الجنايتين ههنا الزنا و القتل انتهى.

فصار كما اذا اشتراها بعد ما زنى بها، و هو على هذا الاختلاف و اعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه، كما اذا ملك المسروق قبل القطع. و لهما انه ضمان قتل فلايوجب الملك، لانه ضمان دم، و لو كان يوجبه فانما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع، لانها استوفيت و الملك يثبت مستنداً فلايظهر في المستوفى لكونها معدومة، و هذا بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينها يجب عليه قيمتها

اقامة الحد سقط الحد (فصار) اي حكم هذا (كما اذا اشتراها) اي الامة (بعد ما زنى بها) قبل اقامة الحد (و هو على هذا الخلاف) اي شراء الجارية بعد الزنا قبل اقامة الحد على هذا الاختلاف عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى يحد خلافا لابي يوسف رحمه الله تعالى و كانه(١) رد المختلف الى المختلف، لكن الخلاف في المشتراة بعد الزنا مذكور في ظاهر الرواية، بخلاف ما نحن فيه (و اعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه) اي سقوط الحد (كما اذا ملك(٢) المسروق قبل القطع) اي كما اذا ملك المسروق منه المسروق قبل قطع يد السارق سقط القطع. (و لهما) اي و لابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (انه ضمان قتل) اي ان هذا الضمان ضمان قتل، و لهذا يجب على العاقلة في ثلاث سنين (فلايوجب الملك، لانه ضمان دم) و الدم مما لا يملك و يمكن(٣) ان يقرر هكذا، لانه ضمان دم و ضمان الدم يجب بعد الموت و الميت ليس بمحل للملك (و لو كان يوجبه) اي و لو كان ضمان القتل يوجب الملك (فانما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع، لانها استوفيت) تقريره لو كان هذا الضمان يوجب الملك لاوجب في العين التي هي موجودة لا في منافع البضع التي هي اعراض استوفيت، فانعدمت و تلاشت (و الملك يثبت مستنداً) لان الملك الثابت في باب العدوان يثبت بطريق الاستناد و الاستناد يظهر في القائم لا في الغائب، و هو معنى قوله (فلايظهر في المستوفى) بفتح الفاء (لكونها) قال الاترازي و الضمير راجع الى المستوفى على تاويل منفعة البضع، اي لايظهر الملك في المنافع المستوفاة، لانها انعدمت، و الاوجه ان يقول اي لكون المنافع (معدومة) فاذن لم يثبت شبهة الملك في منافع البضع المستوفاة، فلم يسقط الحد (و هذا) اي هذا الذي قلنا (بخلاف ما اذا زنى بها) اي بالجارية (فاذهب عينها) حيث (يجب عليه قيمتها) اي قيمة العين، و هو نصف

---

(١) و كانه الخ كذا في العناية. (٢) كما اذا ملك المسروق الخ و في فتح القدير كما لو ملك السارق المسروق قبل القطع و في مابين السطور لمحشي الهداية كما اذا ملك المسروق بان وهبه المسروق منه مثلا. (٣) و يمكن ان يقرر الخ كذا في العناية و الكفاية.

و يسقط الحد، لان الملك هنالك يثبت في الجثة العمياء، و هي عين فاورثت شبهة قال و كل شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه امام فلاحد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به و بالاموال، لان الحدود حق الله تعالى، و اقامتها اليه لا غير، و لايمكنه ان يقيم على نفسه لانه لايفيد بخلاف حقوق العباد، لانه يستوفيه ولي الحق اما بتمكينه او بالاستعانة بمنعة المسلمين

قيمة الجارية (و يسقط الحد لان الملك هناك يثبت في الجثة العمياء و هي عين) لا عرض فجاز ان يثبت الملك فيها بطريق الاستناد (فاورثت شبهة) في سقوط الحد، و في صورة(١) المتنازع فيه لم يثبت الملك في الجارية اصلاً، لان ذلك الضمان ضمان دم، و لم يثبت في المنافع ايضا، لانها معدومة فلايسقط الحد لفقدان الشبهة (قال) اي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و كل شيء صنعه الامام) بان قذف انساناً او زنى او شرب الخمر و المراد من الامام الخليفة قاله ابوالليث، و فسره بقوله (الذي ليس فوقه امام) و لاشك ان الخليفة ليس فوقه امام (فلاحد عليه الا القصاص، فانه يؤخذ به و بالاموال) اي يوخذ ايضا بالاموال (لان الحدود حق الله، و اقامتها) اي اقامة الحدود (اليه) اي الى الامام (لا الى غيره) اي ليس لغير الامام اقامة الحدود. (و لايمكنه) اي و لا يمكن الامام (ان يقيم) حق الله تعالى (على نفسه لانه لايفيد) الوجوب فائدته، لانه لايقع مؤلماً فلايقع زاجراً، والمقصود من الحد الزجر فلابد ان يكون الزاجر غير المزجور(٢) و لايقدر القاضي ان يقضي عليه، لانه هو الذي ولاه القضاء فسقط حق الله تعالى في الدنيا (بخلاف حقوق العباد، لانه يستوفيه) اي يستوفي الحق (ولي الحق) اي صاحب الحق، و اختار لفظ الولي ليتناول الوصي و الوكيل (اما بتمكينه) اي بتمكين الامام اياه في اخذ حقه (او بالاستعانة بمنعة المسلمين) اي بقوتهم يقال فلان في عز و منعة(٣) تمنعه، اي تمنع على من قصده

---

(١) و في صورة الخ راجع الشروح الثلاثة. (٢) فلابد ان يكون الزاجر غير المزجور و في فتح القدير و اورد عليه ما المانع من ان يولى غيره الحكم فيه بما يثبت عنده كما في الاموال غير انه اذا صحت هذه الاستنابة فوجب عليه حق للعبد استوفاه العبد او حق لله استوفاه ذالك النائب و قيل لا مخلص الا ان ادعى ان قوله تعالى الزانية و الزاني فاجلدوا كل واحد منهما يفهم ان المخاطب فيه بالجلد الامام ان يجلد غيره و الله اعلم و قد يقال اين دليل ايجاب الاستنابة و الله سبحانه اعلم انتهى و راجع المبسوط للسرخسي ص١٠٤ ج٩. (٣) منعة - و في بين السطور لمحشى الهداية المنعة بفتحات جمع مانع و بمعنى العسكر و جاء مصدرا ايضا كذا قال الشهاب في حواشي التفسير البيضاوي و في لسان العرب يقال فلان في منعة (بفتحات) اي في قوم يحمونه و يمنعونه (ثم قال) و في الحديث سيعوذ بهذا البيت قوم ليس لهم منعة (بسكون النون) اي قوة تمنع من يريدهم بسوء و قد تفتح النون و قيل هي بالفتح جمع مانع مثل كافر و كفرة (ثم قال) فلان في عز و منعة بالتحريك و قد يسكن=>

و القصاص و الاموال منها. و اما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه كحكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى.

باب الشهادة على الزنا و الرجوع عنها

قال و اذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة. و في الجامع الصغير و اذا شهد عليه الشهود بسرقة او بشرب خمر او

من الاعداء (و القصاص و الاموال منها) اي من حقوق العباد، فالامام وغيره فيها سواء، لانه يمكن استيفاء القصاص و المال بمنعة المسلمين، كذا قالوا و فيه تامل (واما حد القذف قالوا) اي قال علماؤنا (المغلب فيه حق الشرع) على ما يجيء في بابه ان شاء الله تعالى (فحكمه) اي فحكم حد القذف (كحكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى) يعني لايؤاخذ به الامام و لقائل(١) ان يقول لو كان المغلب فيه حق الشرع لوجب ان لايحد المستأمن اذا قذف، كما لو زنى و قد تقدم انه يحد، لانه حق العبد. و الجواب ان قذف القاذف يشتمل على الحقين لا محالة، فيعمل بكل منهما بحسب ما يليق به، و ما يليق بالحربي ان يكون حق العبد لامكان الاستيفاء و ما يليق بالامام ان يكون حق الله تعالى لانه ليس فوقه امام يستوفيه منه و الله اعلم.

(باب الشهادة على الزنا و الرجوع عنها)

اي هذا باب في بيان احكام الشهادة على الزنا، و سيأتي حكم الرجوع عن الشهادة قد مر(٢) ان ثبوت الزنا عند الامام انما يكون باحد شيئين لاغير، و هما الاقرار و الشهادة و أخر الشهادة هاهنا عن الاقرار لقلة ثبوت الزنا بالشهادة و ندرته حتى لم ينقل عن السلف ثبوت الزنا عند الامام بالشهادة اذ رؤيته اربع رجال عدول على الوصف المذكور كالميل في المكحل، كما في الكلاب في غاية القدرة (قال) اي القدوري (و اذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة) هذا لفظ القدوري في مختصره ثم ذكر المصنف لفظ الجامع الصغير بقوله (و في الجامع الصغير و اذا شهد عليه الشهود بسرقة او

=> يقال المنعة جمع كما قدمنا اي هو في عز و من يمنعه من عشيرته انتهى ملخصا. (١) و لقائل الخ كذا في العناية. (٢) قد مر الخ كذا في العناية و الفتح و فيه و ايضا لم يثبت قط الزنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم و ابي بكر و عمر و عثمان و علي رضي الله تعالى عنهم بالبينة فانهم كلهم لم يحدوا الا بالاقرار فقدم ما يكثر وجوده و ما كان الثبوت به عنده عليه الصلوة و السلام و عند الصحابة رضي الله تعالى عنهم انتهى.

بزنا بعد حين لم يؤخذ به، و ضمن السرقة و الاصل ان الحدود الخالصة حقاً لله تعالى تبطل بالتقادم، خلافا للشافعي رحمه الله تعالى و هو(١) يعتبرها بحقوق العباد و بالاقرار الذي هو احد الحجتين. و لنا ان الشاهد مخير بين الحسبتين من اداء الشهادة و الستر،

بشرب خمر او بزنا بعد حين لم يؤخذ به، و ضمن السرقة) لاشتماله(٢) على زيادة ايضاح و هي تعديد ما يوجب الحد صريحا من السرقة و شرب الخمر و الزنا، و زيادة لفظ الحين الذي استفاد منه بعض المشايخ قدر ستة اشهر في التقادم و زيادة اثبات الضمان في السرقة (و الاصل) في هذا الباب (ان الحدود الخالصة حقا) اي خلوصا حقا كائنا (لله تعالى) كحد السرقة و حد الزنا و حد شرب الخمر (تبطل بالتقادم، خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى) حيث يقول لاتبطل الشهادة و الاقرار بالتقادم، و به قال(٣) مالك و احمد رحمهما الله تعالى و عن احمد رحمه الله تعالى مثل قولنا و قال ابن ابي ليلى الشهادة و الاقرار لايقبلان بعد التقادم. و عن ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى الاقرار لايبطل بالتقادم الا القرار بشرب الخمر، فانه يبطل بالتقادم، و قال زفر رحمه الله تعالى التقادم يمنع الاقرار بالحدود اعتباراً لحجة الاقرار بحجة البينة (و هو) اي الشافعي رحمه الله تعالى (يعتبرها) اي يعتبر الشهادة (بحقوق العباد) حيث لايمنع التقادم في حقوق العباد (و بالاقرار) اي و يعتبرها بالاقرار (الذي هو احد الحجتين) و هما البينة و الاقرار (و لنا ان الشاهد مخير بين الحسبتين) تثنية حسبة، بكسر الحاء و سكون السين المهملتين الحسبة احتسابك الاجر عند الله تعالى و قال الكاكي(٤) بين حسبتين، اي اجرين مطلوبين يقال احتسبت بكذا اجراً و الاسم الحسبة، و الجمع الحسب من اداء الشهادة و الستر قال الاترازي كلاهما بالجر على انها بدلان من حسبتين. قلت الرفع فيهما احسن على ان كل واحد منهما خبر لمبتدأ محذوف تقديره احدهما (من اداء الشهادة) و الآخر (والستر) اما الشهادة فلقوله تعالى و اقيموا الشهادة

---

(١) و هو – ن – هو. (٢) لاشتماله الخ كذا في العناية و الكفاية. (٣) و به قال مالك رحمه الله تعالى كذا في فتح القدير و المغنى ص١٨٧ ج١٠ و لفظ الفتح و الحاصل ان في الشهادة بالحدود القديمة و الاقرار بها اربعة مذاهب الاول رد الشهادة بها و قبول الاقرار بما سوى الشرب و هو قول ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى الثاني ردها و قبول الاقرار حتى بالشرب القديم كالزنا و السرقة و هو قول محمد بن الحسن الثالث قبولهما و هو قول الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى الرابع ردهما نقل عن ابن ابي ليلى و لم يقل احد بقلب قول محمد رحمه الله تعالى انتهى. (٤) الكاكي الخ و كذالك في العناية و الكفاية عن الصحاح و في اللسان و الحسبة مصدر احتسابك الاجر على الله تقول فعلته حسبة (بكسر الحاء) و احتسب فيه احتسابا و الاحتساب طلب الاجر الحسبة بالكسر و هو الاجر و الجمع الحسب (بكسر الحاء و فتح السين) انتهى باختصار ما.

فالتاخير ان كان لاختيا الستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة هيجته، او لعداوة حركته فيتهم فيها، و ان كان التاخير لا للستر يصير فاسقاً آثماً فتيقنا بالمانع، بخلاف الاقرار لان الانسان لايعادي نفسه، فحد الزنا و شرب الخمر و السرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار، فيكون التقادم فيه مانعاً و حد القذف فيه حق العبد، لما فيه من دفع العار عنه، و لهذا لايصح رجوعه بعد الاقرار، و التقادم غير مانع في حقوق العباد لان الدعوى فيه شرط فيحمل تاخيرهم على انعدام الدعوى فلايوجب تفسيقهم، بخلاف حد السرقة،

لله(١) و اما الستر فلما روى ابوهريرة رضي الله تعالى عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من ستر(٢) على مسلم ستره الله في الدنيا و الآخرة، ثم ان الشاهد اذا لم يشهد في اول الامر يحمل امره على الصلاح، بان يقال انه اختار الستر المندوب لا الحد، ثم بعد ذلك (فالتاخير) اي تاخير الشهادة (ان كان لاختيار الستر فالاقدام) اي اقدامه (على الاداء بعد ذلك لضغينة)(٣) بالمعجمتين، و هو الحقد (هيجته) اي بعثته من هيجت الناقة فانبعثت (او لعداوة حركته فيتهم فيها) اي في الشهادة فلم تقبل (و ان كان التاخير فيها) اي في الشهادة (لا للستر) اي لا لاجل الستر عليه (يصير فاسقا آثماً) لان تاخير الحد حرام فاذا كان كذلك (فتيقنا بالمانع) من القبولة، فلاتقبل، الا ترى لو طلب المدعي الشهادة في حقوق العباد فاخر الشاهد بلاعذر ثم ادعى لايقبل لترك الاداء مع الامكان (بخلاف الاقرار) حيث لايبطل بالتقادم (لان الانسان لايعادي نفسه) فتنعدم التهمة (فحد الزنا و شرب الخمر و السرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار، فيكون التقادم فيه مانعاً، و حد القذف فيه حق العبد، لما فيه من دفع العار عنه، و لهذا) اي و لاجل كونه حد القذف فيه حق العبد (لايصح رجوعه بعد الاقرار و التقادم غير مانع في حقوق العباد، لان الدعوى فيه) اي في حق العبد (شرط فيحمل تاخيرهم) اي تاخير الشهود الشهادة (على انعدام الدعوى، فلايوجب) اي تاخير شهادتهم (تفسيقهم) لعدم الموجب (بخلاف حد السرقة) جواب(٤) عما يقال الدعوى شرط في السرقة كما في حقوق العباد، و مع ذلك يمنع التقادم فعلم ان القبول بعد التقادم في حقوق العباد لم يكن

---

(١) الشهادة لله - الطلاق - ٢. (٢) من ستر الحديث قد سبق تخريجه في البناية ص ٣٢ ج٨ عن الزيلعي ص٣٠٧ ج٣ و غيره مفصلا و نبذ منه في فتح القدير ص٥ ج٥. (٣) لضغينة كسفينة. (٤) جواب الخ كذا في العناية و الكفاية.

لان الدعوى(١) ليست بشرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر، و انما شرطت للمال، و لان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلايعتبر وجود التهمة في كل فرد، و لان السرقة تقام على الاستسرار على غرة عن المالك فيجب على الشاهد اعلامه، و بالكتمان يصير فاسقا آثماً ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا، خلافاً لزفر رحمه الله تعالى حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لايقام عليه الحد، لان الامضاء من القضاء في باب الحدود،

لاشتراط الدعوى، فاجاب اولاً بالمنع بقوله (لان الدعوى فيه) اي في حد السرقة (ليست بشرط للحد) اي لاقامة الحد (لانه خالص حق الله تعالى على ما مر) من قوله فحد الزنا و شرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى (و انما شرطت) اي الدعوى و تذكير الفعل على تاويل الادعاء (للمال) اي لاجل المال، فلما لم تكن الدعوى شرطا للحد كان تاخير الشهادة مانعا لقبولها لانه وقع بلاعذر (و لان الحكم) جواب آخر (يدار على كون الحد حقا لله تعالى) تقريره(٢) ان المعنى المبطل للشهادة في التقادم في الحدود الخالصة حقا لله تعالى هو التهمة و العداوة، و ذلك امر باطن لايطلع عليه، فيدار الحكم على كون الحد حقا لله تعالى، سواء وجد ذلك المعنى في كل فرد او لا، كما ادير الرخصة على السفر من غير توقف على وجود المشقة في كل فرد من افراده (فلايعتبر وجود التهمة في كل فرد) من افراد الحد. حاصله صورة التقادم قائمة مقام التهمة، سواء وجدت التهمة او لا، كما في السفر و قد ذكرناه (و لان السرقة) جواب آخر، و تقريره ان السرقة (تقام على الاستسرار) لانها توجد في ظلم الليالي غالبا (على غرة)(٣) اي غفلة (عن المالك) فلايكون المسروق منه عارفا بالشهادة حتى يستشهد بالشاهد (فيجب على الشاهد اعلامه) بشهادته (و بالكتمان يصير فاسقا آثما) فرد شهادته، بخلاف حد القذف، فان القذف يكون في النهار غالباً، فيعرف المقذوف الشاهد و يراه، فاذا لم يعلمه لايصير فاسقاً (ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء) اي في ابتداء الامر بلا خلاف (يمنع الاقامة) اي اقامة الحد (بعد القضاء عندنا خلافاً لزفر رحمه الله تعالى) فعنده لايمنع و اوضح ذلك بقوله (حتى لو هرب) اي الزاني (بعد ما ضرب بعض الحد، ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لايقام عليه الحد، لان الامضاء) اي الاستيفاء (من القضاء في باب الحدود) كان(٤) الامضاء تتمة للقضاء، و لهذا

---

(١) الدعوى -ن- الدعوى فيه. (٢) تقريره الخ كذا في العناية و نحوه في الكفاية. (٣) غرة بكسر الغين و تشديدالراء -الغفلة- ومنها اتاهم الجيش و هم غارون اي غافلون-المغرب. (٤) كان الخ كذا في الشروح الثلاثة.

و اختلفوا في حد التقادم، و اشار في الجامع الصغير الى ستة اشهر، فانه قال بعد حين، و هكذا اشار الطحاوي رحمه الله تعالى و ابوحنيفة رحمه الله تعالى لم يقدر في ذلك و فوضه الى رأى القاضي في كل عصر، و عن محمد رحمه الله تعالى انه قدره بشهر، لان مادونه عاجل، و هو رواية عن ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و هو الاصح و هذا اذا لم يكن بين القاضي و بينهم مسيرة

كان مفوضا الى الامام، و هذا لان القضاء اما ان يكون لاعلام من له الحق بحقه او لتمكينه من الاستيفاء، و ذلك لايتصور في حقوق الله تعالى فيكون المعتبر في حقوق الله تعالى النيابة بحقيقة الاستيفاء، فكان التقادم قبل الاستيفاء بعد القضاء كالتقادم قبل القضاء (و اختلفوا) اي العلماء (في حد التقادم و اشار) اي محمد رحمه الله تعالى (في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين) و الحين ستة اشهر. و قال فخر الاسلام رحمه الله تعالى لم يرد به الامر اللازم (و هكذا اشار الطحاوي رحمه الله تعالى) اي الى ستة اشهر، لان الحين عند الاطلاق ينصرف الى ستة اشهر، كما في مسألة لا أكلمه حيناً (و ابوحنيفة رحمه الله تعالى لم يقدر في ذلك) اي في حد التقادم لم يقدر شيئاً. لان نصب التقادير بالرأي متعذر، لان العقل لا اهتداء له في ذلك (و فوضه) اي فوض ابوحنيفة رحمه الله تعالى حد التقادم (الى رأى القاضي في كل عصر) لما ان التقادم يختلف بالاحوال و الاعصار، فيفوض الى رأى القاضي في كل عصر (و عن محمد رحمه الله تعالى انه قدره) اي التقادم (بشهر، لان ما دونه) اي ما دون الشهر (عاجل) قال الاترازي رحمه الله تعالى انه ادنى الآجال شرعاً، بدليل ان من حلف ليقضي حق فلان عاجلاً يقع عليه ذلك ما دون الشهر. و قال الكاكي و ما وجدت هذه الرواية في كتب اصحابنا المشهورة (و هو) اي تقدير التقادم بشهر (رواية عن ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و هو الاصح) اي تقدير التقادم بشهر هو الاصح. و نقل(١) الناطفي في الاجناس عن نوادر المعلى قال ابويوسف رحمه الله تعالى جهدنا على ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان يوقت في ذلك شيئا فأبى و قد ذكر في المجرد. و قال ابوحنيفة رحمه الله تعالى لو سأل القاضي الشهود متى زنى بها، فقالوا منذ اقل من شهر اقيم الحد، و ان قالوا شهرا او اكثر درئ عنه الحد قال ابوالعباس الناطفي و قد قدره على هذه الرواية بشهر، و هو قول ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (و هذا) اي هذا الذي قلنا من تقدير التقادم بشهر (اذا لم يكن بينهم) اي بين الشهود (و بين القاضي مسيرة

---

(١) نقل الناطفي الخ كذا في العناية و الفتح.

شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلايتحقق(١) التهمة و التقادم في حد الشرب كذلك عند محمد رحمه الله تعالى و عندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه ان شاء الله تعالى و اذا(٢) شهدوا على رجل انه زنى بفلانة و فلانة غائبة فانه يحد و ان شهدوا انه سرق من فلان و هو غائب لم يقطع، والفرق ان بالغيبة ينعدم(٣) بالدعوى و هي شرط في السرقة دون الزنا و بالحضور يتوهم دعوى الشبهة و لا معتبر بالموهوم

شهر، اما اذا كان) اي بينهم و بين القاضي مسافة شهر (تقبل شهادتهم، لان المانع بعدهم عن الامام، فلاتتحقق التهمة) لانهم معذورون (و التقادم في حد الشرب كذلك) اي حد التقادم في حد الشرب كذلك بشهر (عند محمد رحمه الله تعالى و عندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه ان شاء الله تعالى) اي في باب حد الشرب (و ان شهدوا على رجل انه زنى بفلانة و فلانة غائبة فانه يحد) و به قالت الائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى و على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى اولاً لايحد، و هو القياس، كذا ذكره ابو الليث في شرحه للجامع الصغير، لانه اذا حضرت ربما جاءت الشبهة دارئة للحد، و الحدود تندرئ بالشبهات، و على قوله الآخر، و هو قول ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى يحد الرجل، و الآن ياتي الكلام (و ان شهدوا انه سرق من فلان و هو غائب لم يقطع و الفرق) اي بين المسألتين (أن بالغيبة) اي بغيبة المرأة التي قالوا ان فلاناً زنى بفلانة (تنعدم الدعوى وهي) اي الدعوى (شرط في السرقة دون الزنا) يعني لايشترط الدعوى في الزنا، الا ترى انه عليه الصلوة و السلام رجم(٤) ماعزاً بالاقرار بالزنا بغائبة (و بالحضور) اي و بحضور المرأة الغائبة (يتوهم دعوى الشبهة) بان قالت تزوجني او كانت امته (و لا معتبر بالموهوم) جواب سؤال، و هو ان يقال ينبغي ان لايحد الرجل، لانها لو حضرت ربما تدعي النكاح فيصير شبهة فاجاب بقوله و لا معتبر بالموهوم لانه يحتمل ان تدعى و يحتمل ان لاتدعي فعلى تقدير الدعوى يصير شبهة و ان كانت غائبة كان الثابت عند غيبتها وجود شبهة الشبهة، و هو المعنى بالموهوم، و المعتبر الشبهة دون شبهة الشبهة، لئلا ينسد باب اقامة الحد فان قيل القود(٥) اذا كان بين الشريكين و احدهما غائب لايستوفي القصاص لاحتمال العفو عن الغائب الجواب انه اذا حضر فعفى يسقط القصاص بحقيقة العفو لا بشبهة العفو، فاذا كان غائبا يكون

---

(١) يتحقق - ن - تتحقق. (٢) و اذا - ن - و ان. (٣) ينعدم - ن - تنعدم. (٤) رجم الحديث قد مضى تخريجه غير مرة في كتاب الحدود. (٥) فان قيل القود الخ كذا في الشروح الثلاثة.

و ان شهدوا انه زنى بامرأة لايعرفونها لم يحد لاحتمال انها امرأته او امته، بل هو الظاهر و ان اقر بذلك حد، لانه لايخفى عليه امته او امرأته و ان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها و آخران انها طاوعته درئ الحد عنهما جميعاً عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و هو قول زفر رحمه الله تعالى و قالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب و تفرد احدهما بزيادة جناية، و هو الاكراه بخلاف جانبها، لان طواعيتها شرط تحقق الموجب

احتمال العفو شبهة، فاعتبرت الشبهة و فيما نحن فيه اذا حضرت المرأة و ادعت النكاح كان شبهة، فاذا غابت احتمل الشبهة و ذلك شبهة الشبهة فلاتعتبر لانه وهم (و ان شهدوا انه زنى بامرأة لايعرفونها لم يحد لاحتمال انها امرأته او امته، بل هو الظاهر) اي بل كون المرأة امرأته او امته هو الظاهر، لان ظاهر حال المسلم ان لايزني و الشهود لايفصلون بين زوجته و امته و بين غيرها الا بالمعرفة، فلم يعرفوها فلم يمكن اقامة الحد بشهادتهم، فلو قال المشهود عليه ان التي رأوها معي ليست بامرأتي و لا امتي لم يحد ايضا، لان الشهادة قد بطلت ثم هذه اللفظة ليست باقرار منه بالزنا، فلايحد و لو كان اقراراً فحد الزنا لايقام بالاقرار مرة(١) (و ان اقر بذلك حد) اي و ان اقر بالزنا بامرأة لايعرفها حد (لانه لايخفى عليه امرأته او امته) اي لايخفى عليه امرأته او امته عن غيرهما، و ليس بمتهم في اقراره على نفسه فيحد (و ان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها) اي زنى بها و هي مكرهة (و آخران) اي شهد آخران (انها) اي ان المرأة (طاوعته) اي طاوعت الرجل على الزنا (درئ الحد عنهما) اي عن الرجل و المرأة (جميعا) و معنى درئ دفع، و هو على صيغة المجهول من الدرء، و هو الدفع. قال الله تعالى فادرؤوا عن انفسكم الموت(٢) اي ادفعوا (عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و هو قول زفر رحمه الله تعالى) و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى (و قالا) اي ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى يحد الرجل خاصة لاتفاقهما غلى الموجب) بكسر الجيم، اي لاتفاق الفريقين، اعني شاهدي الطواعية و شاهدي الاكراه على موجب الحد في حقه، اي في حق الرجل، و موجب الحد هو الزنا عن طوع (و تفرد احدهما) بجر الدال عطفاً على قوله لاتفاقهما اي لتفرد احد الفريقين، اراد باحد الفريقين شاهدى الاكراه (بزيادة جناية و هو الاكراه) و الضمير راجع الى الزيادة و التذكير بالنظر الى الخبر (بخلاف جانبها) اي جانب المرأة (لان طواعيتها شرط تحقق الموجب

---

(١) مرة و في الفتح ص٦١ ج٥ و اما ما قيل و لو كان اقرارا فبمرة لايقام الحد يقتضى انه لو قال اربعا حد و ليس كذلك انتهى. (٢) الموت - آل عمران - ١٦٨.

في حقها، و لم يثبت لاختلافهما و له انه اختلف المشهو عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما، و لان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لهما، و انما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه، لان زناها مكرهة يسقط احصانها فصارا خصمين في ذلك و ان شهد اثنان انه زنى بامرأة بالكوفة و آخران انه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما، لان المشهود به فعل الزنا و قد اختلف باختلاف المكان، و لم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة و لايحد الشهود خلافا لزفر رحمه الله تعالى لشبهة الاتحاد

في حقها و لم يثبت) اي شرط تحقق الموجب في حقها و هو طوعها (لاختلافهما) اي لاختلاف الفريقين، و في بعض النسخ لاختلافهم (و له) اي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (انه اختلف المشهود عليه) قال الكاكي، اي المشهود به. و قد صرح به في الكافي. و في الفوائد الجنازية اراد بالمشهود عليه المشهو به، و على بمعنى الباء كما في قوله تعالى حقيق على ان لا اقول على الله الا الحق(١) اي جدير بان لا اقول على الله ذكره في التفسير و قال الكاكي يمكن ان يجري على حقيقته، لان المشهود عليه في التقدير اثنان، و ان كان واحدا اذ الطائعة غير المكرهة، و لكن تعليل قوله (لان الزنا فعل واحد يقوم بهما) اي بالرجل و المرأة فهو فعل واحد حقيقة. و ان كان اثنان حكماً، و قد اختلف في جانبها فيكون مختلفاً في جانبه ضرورة (و لان شاهدي الطواعية) دليل آخر، و تقريره لان شاهدي الطواعية (صارا قاذفين لهما) لعدم نصاب الشهادة و القاذف خصم، و لا شهادة للخصم، و كان ينبغي اقامة الحد على شاهدي الطواعية (و انما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها) لوجود حقيقة الزنا، لكن لاتأثم بسبب الاكراه (فصارا خصمين في ذلك) اي صار شاهدا الطواعية بسبب قذفهما خصمين في شهادتهما. (و ان شهد اثنان انه زنى بامرأة بالكوفة و آخران) اي و شهد اثنان آخران (انه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما) جميعاً (لان المشهود به فعل الزنا، و قد اختلف باختلاف المكان و لم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة و لايحد الشهود خلافا لزفر رحمه الله تعالى) فان عنده يحد الشهود حد القذف، و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول (لشبهة الاتحاد) هذا دليل لنا لا لزفر رحمه الله تعالى يريد شبهة اتحاد المشهود به تقريره(٢) ان الشهادة دارئة في الحدود بالحديث(٣) و قد وجدت لانهم شهدوا و لهم اهلية كاملة و عدد كامل على زنا

---

(١) الحق - الاعراف - ١٠٥. (٢) تقريره الخ كذا في العناية و نحوه في الفتح. (٣) بالحديث اي ادرؤا الحدود ما استطعتم و قد سبق بيانه مفصلا في اوائل كتاب الحدود من البناية ص٣٢٣ ج٨ و الزيلعي ص٣٠٩ ج٣ =>

نظراً الى اتحاد الصورة و المرأة. و ان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل و المرأة، معناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية و هذا استحسان. و القياس ان لايحد لاختلاف المكان حقيقة. وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية، و الانتهاء في زاوية اخرى بالاضطراب او لان الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم، و من في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده

واحد صورة في زعمهم نظرا الى اتحاد صورة النسبة الحاصلة منهم و اتحاد المرأة و انما جاء الاختلاف بذكر المكان فثبت شبهة الاتحاد في المشهود به فيدرأ الحد (نظراً الى اتحاد الصورة و المرأة) اي اتحاد صورة نسبة الزنا و اتحاد المرأة(١) قال في المختلف و على هذا الخلاف اذا شهد الفساق(٢) بذلك (و ان اختلفوا) اي الشهود (في بيت واحد حد الرجل و المرأة) هذا اذا كان البيت صغيراً، فاختلفوا و قال اثنان انه زنى في هذه الزاوية من البيت، و قال آخران انه زنى في الزاوية الاخرى منه، و هو معنى قوله (معناه ان يشهد كل اثنين على الزنى في زاوية و هذا استحسان) اي حد الرجل و المرأة فيما اذا اختلف الشهود في البيت الصغير (و القياس ان لايحد) اي احدهما، و هو قول زفر و الشافعي و مالك رحمهم الله تعالى (لاختلاف المكان حقيقة) فاختلف المشهود به، و هو الزنا كما في الدارين. (وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية و الانتهاء) اي انتهاء الفعل (في زاوية اخرى بالاضطراب) ينتقلان الى الزاوية الاخرى، بخلاف ما اذا كان البيت كبيرا لايحتمل التوفيق، حيث لايقبل شهادتهم، اذا لم يقبل شهادة الشهود لايحدون حد القذف للشبهة، خلافا لزفر رحمه الله تعالى (او لان الواقع في وسط البيت فيحسبه) اي يظن الواقع (من في المقدم) اي من كان في مقدم البيت يظنه (في المقدم، و من في المؤخر) اي و من كان في مؤخر البيت يظنه (في المؤخر فيشهد) كل (بحسب ما عنده) اي بحسب ما ثبت عنده فان قيل(٣) في التوفيق احتيال للاقامة، و قد امرنا بالاحتيال للدرء قلنا هذا احتيال لقبول الشهادة و التوفيق في الحدود مشروع، و الشهادة حجة يجب

=> و نبذ منه في فتح القدير ص٧ ج٥. (١) و اتحاد المرأة و في العناية بعده قيل و الحاصل انها شهادة من وجه دون وجه فبالنظر الى الاول لم تحد الشهود و بالنظر الى الثاني لم يحد المشهود عليه و نحوه في الفتح و فيه ايضا قال قاضيخان و كلامنا اظهر لقوله تعالى و الذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم و قد وجد الاتيان باربعة. (٢) الفساق الخ كذا في الاصل لكن فيه اجمال او تصحيف و سيأتي هذه المسئلة بالتفصيل في الهداية بعد صفحتين تحت قوله و ان شهدوا بذالك و هم فساق الخ. (٣) فان قيل في التوفيق الخ كذا في الشروح الثلاثة.

و ان شهد اربعة انه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس واربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند يندرئ الحد عنهم جميعاً اما

تصحيحها مهما امكن، ثم اذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد فان قيل(١) الاختلاف في هذه المسالة مسكوت عنه، و الاختلاف في المكان في الزاوية منصوص عليه، فكيف يقاس ذلك عليه. قلنا التوفيق مشروع فيما اذا كان الاختلاف منصوصا عليه بان شهد اثنان بانه زنى بامرأة بيضاء و آخران بامرأة سوداء او شهد اثنان بان عليها ثوبا احمر و آخران بان عليها ثوبا اصفر. و كذلك لو اختلفوا في الطول و القصر او في السمن و الهزل، و لكن هذا يشكل(٢) على قول ابي حنيفة في مسألة الاكراه و الطواعية، لما ان التوفيق يمكن بان يكون ابتداء الفعل بالاكراه و انتهائه بالطوع كذا في قاضي خان وغيره. اجيب(٣) بان الاكراه مسقط سواء كان اول الفعل او آخره، او لانه بالنظر الى الابتداء لايجب، و بالنظر الى الانتهاء يجب، فلايجب بالشك (و ان شهد اربعة انه زنى بامرأة بالنخيلة) بضم النون و فتح الخاء المعجمة و سكون الياء آخر الحروف و باللام و الهاء اسم موضع قريب من الكوفة. و من قال بفتح الباء الموحدة و كسر الجيم فقد صحف لان بجيلة على وزن فعيلة(٤) اسم حى من اليمن سموا ببجيلة امرأة من ولد عمرو بن الغوث اخي الارز بن الغوث (عند طلوع الشمس و اربعة) اي و شهد اربعة اخرى (انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند(٥) يندرئ الحد عنهم) اي عن الرجل و المرأة و الشهود (جميعاً اما

---

(١) فان قيل الاختلاف الخ كذا في الكفاية و الفتح. (٢) و لكن يشكل الخ كذا في الشروح الثلاثة. (٣) اجيب الخ و في الفتح قال في الكافي يمكن ان يجاب عنه بان ابتداء الفعل كرها اذا كان عن اكراه لايوجب الحد فبالنظر الى الابتداء لايجب و بالنظر الى الانتهاء يجب فلايجب بالشك و ههنا بالنظر الى الزاويتين يجب فافترقا و في العناية ص٦٣ ج٥ اجيب بان كل ما ذكر في مسئلة الاكراه و الطوعية لايتفاوت بين ان يكون اكراها من اوله الى آخره و بين ان يكون اوله اكراها و آخره طوعا لان الاكراه مسقط للحد عن المرأة سواء كان فعل الزنا من اوله الى آخره اكراها او اوله اكراها و آخره طوعا فلما كان كذالك كان في شهادتهم اختلاف المشهود به كما ذكرنا. (٤) فعلية - اي علي وزن سفينة و في المغرب مادة نخل و رأيت في كتب الاخبار النخيلة (بالتصغير) موضع قريب من الكوفة و هي التي في مسئلة الجامع الصغير شهد اربعة انه زنى بالنخيلة عند طلوع الفجر و اربعة انه زنى بها بدير هند (بفتح الدال و سكون الياء) و الباء و الجيم تصحيف لانها اسم حى من اليمن و دير هند لايساعد عليه و اما ضم الباء فتحريف اصلا و في حاشيته دير هند من محال الكوفة و نحوه في الكفاية ص٦٤ ج٥ عن المغرب و قريب منه في العناية و الفتح و في تاج العروس مادة بجل و بجيلة كسفينة حى باليمن من معد (بتشديد الدال) و النسبة اليه بجلى محركة قال ابن الكلبي في جمهرة نسب بجيلة ولد عمرو بن الغوث بن بنت بن مالك بن زيد بن كهلان الخ. (٥) دير هند و في الفتح دير بظاهر الكوفة و هند بنت النعمان بن =>

عنهما فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين من غير عين، و اما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق، و ان شهد اربعة على امرأة بالزنا، و هي بكر درئ الحد عنهما، و عنهم لان الزنا لايتحقق مع بقاء البكارة، و معنى المسألة ان النساء ينظرن اليها، فقلن انها بكر و شهادتهن حجة في اسقاط الحد، و ليس بحجة في ايجابه، فلهذا

عنهما) اي عن الرجل و المرأة (فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين من غير عين) اي من غير تعيين احد الفريقين، لانه يحتمل ان يكون الكذب من هذا الفريق او من ذالك الفريق من غير تعيين احدهما و احدهما لامحالة كاذب، لانه لايتصور الزنا في ساعة واحدة من شخص واحد في مكانين متباعدين لكنه لم يتميز الكاذب من الصادق لما ذكرنا، فلهذا درئ الحد عنهما (و أما عن الشهود) اي و أما درء الحد عن الشهود (فلاحتمال صدق كل فريق)(١) اي لاحتمال كل واحد من الفريقين ان يكونوا هم الصادقين و قال زفر رحمه الله تعالى لايسقط حد القذف عن الشهود (و ان شهد اربعة عل امرأة بالزنا و هي بكر) اي و الحال انها بكر بان نظر النساء اليها فقلن هي بكر (درئ الحد عنهما) اي دفع الحد عن الرجل و المرأة و به قال الشافعي و احمد(٢) رحمهما الله تعالى و عند مالك رحمه الله تعالى تحد المرأة و الرجل لان شهادة النساء لا مدخل لها في الحدود فلاتسقط بشهادتهن (و عنهم) اي و درئ الحد عن الشهود ايضا و به قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى (لان الزنا لايتحقق مع بقاء البكارة) توضيحه(٣) ان الزنا لايتحقق مع البكارة و شهادة النساء حجة فيما لا اطلاع للرجال عليه خصوصا في اسقاط الحد فيسقط عنهما و اما عنهم فلانه تكامل نصاب الشهادة و انما امتنع حكمها بقول النساء و لا مدخل لقولهن في اثبات الحدود (و معنى المسألة ان النساء ينظرن اليها فقلن انها بكر و شهادتهن حجة في اسقاط الحد و ليس بحجة في ايجابه) اي في ايجاب الحد (فلهذا) اي فلاجل

=> المنذر بن ماء السماء كانت ترهبت و بنت هذا الدير و اقامت به و خطبها المغيرة بن شعبة رضي الله تعالى عنه ايام امارته على الكوفة فقالت و الصليب ما في رغبة لجمال و لا كثرة مال انما اراد ان يفتخر بنكاحي فيقول نكحت بنت النعمان بن المنذر و الا فاى رغبة لشيخ اعور في عجوز عمياء فصدقها المغيرة رضي الله تعالى عنها و قال في ذالك (اي اشعاراً نقلها ابن الهمام في الفتح ص٦٤ج٥) و في تاج العروس مادة دير ص٢٣١ ج٣ الدير خان النصارى جمع اديار و صاحبه الذي يسكنه و يعمره ديار و ديراني على غيرقياس الخ ونحوه في لسان العرب ثم ذكر صاحب التاج اسماء اديار كثيرة و في المغرب الدير صومعة النصارى. (١) لاحتمال صدق كل فريق و في العناية يعني ان احتمال الصدق في كلام كل من الفريقين قائم و شبهة الزنا تمنع و جوب الحد على القاذف (٢) و احمد رحمه الله تعالى و راجع المغني ص١٨٩ ج١٠. (٣) توضيحه الخ كذا في العناية و نحوه في الفتح.

سقط الحد عنهما، و لايجب عليهم. و ان شهد اربعة على رجل بالزنا و هم عميان او محدودون في قذف او احدهم عبد او محدود في قذف، فانهم يحدون و لايحد المشهود عليه لانه لايثبت بشهادتهم المال، فكيف يثبت الحد و هم ليسوا من اهل اداء الشهادة، و العبد ليس باهل للتحمل و الاداء فلم يثبت(١) شبهة الزنا، لان الزنا يثبت بالاداء، و ان شهدوا بذلك و هم فساق او ظهر انهم فساق لم يحدوا لان الفاسق من اهل الاداء و التحمل و ان كان في ادائه نوع قصور لتهمة

هذا المعنى و هو ان شهادتهن حجة في اسقاط الحد، و ليس بحجة في ايجابه (سقط الحد عنهما) اي عن الرجل و المرأة (و لايجب) اي حد القذف (عليهم) اي على الشهود و في الكافي للحاكم و كذا(٢) اذا خرجت المرأة رتقاء، و تقبل في الرتقاء و العذراء و الاشياء التي يعمل فيها بقول النساء قول امرأة واحدة. و في الفوائد الظهيرية(٣) و على هذا لو شهدوا بزنا رجل و هو مجبوب لايحد هؤلاء الشهود ايضا لان الحد انما يجب على القاذف لنفي العار عن المقذوف و انه منفي عنه لمكان الجب (و ان شهد اربعة على رجل بالزنا و هم عميان) اي و الحال انهم عميان (او محدودون) اي و الحال انهم محدودون (في قذف او احدهم) اي احد الشهود (عبد او محدود في قذف فانهم) اي فان الشهود (يحدون، و لايحد المشهود عليه، لانه لايثبت بشهادتهم) اي بشهادة هولاء (المال، فكيف الحد) اي فكيف يثبت الحد الذي يندرئ بالشبهة (و هم ليسوا) اي و الحال انهم ليسوا (من اهل اداء الشهادة و العبد ليس باهل للتحمل) اي تحمل الشهادة (و الاداء) اي و ليس باهل لاداء الشهادة (فلم يثبت شبهة الزنا، لان الزنا يثبت بالاداء) اي يثبت(٤) عند القاضي باداء الشهادة عند عدم الاقرار (و ان شهدوا بذلك و هم فساق) بضم الفاء و تشديد السين جمع فاسق (او ظهر انهم فساق) يعني شهدوا فبعد الشهادة ظهر انهم فساق (لم يحدوا، لان الفاسق من اهل الاداء و التحمل(٥) و ان كان في ادائه نوع قصور لتهمة

---

(١) فلم يثبت - ن - فلم تثبت. (٢) و كذا اي لايجب الحد على المشهود عليهما و في فتح القدير ص٦٥ ج٥ و لذا يسقط (الحد عن المشهود عليه) بقولهن هي رتقاء او قرناء و يقبل في ذالك قول امرأة واحدة. (٣) و في الفوائد الظهيرية الخ و كذا في الهندية ص١٥٣ ج٢ عن التبيين. (٤) اي يثبت و في العناية و الكفاية اي يظهر عند الامام باداء الشهود الشهادة و لا اداء للعميان و العبيد و المحدودين في القذف لا كاملا و لا ناقصا فانقلبت شهادتهم قذفا لانهم نسبوهما الى الزنا و لم تكن نسبتهما الى الزنا شهادة فكانت قذفا ضرورة انتهى. (٥) و التحمل الخ و في فتح القدير ص٦٥ ج٥ الاصل ان الشهود باعتبار التحمل و الاداء انواع اهل للتحمل و ==>

الفسق، و لهذا لو قضى القاضي بشهادة فاسق ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا، و باعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا، فلهذا امتنع الحدان، و سيأتي فيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى بناء على أصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة فهو كالعبد عنده، و ان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا لانهم قذفة، اذ لا حسبة عند نقصان العدد و خروج الشهادة عن القذف باعتبارها.

الفسق و لهذا لو قضى القاضي بشهادة فاسق ينفذ عندنا) و الدليل على انه من اهل الاداء قوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا اي تثبتوا فلو لم يكن الفاسق شهادة يقال فلاتقبلوا و لم يقل ذلك بل قال فتبينوا، و فائدة التثبت القبول عند ظهور الصدق لرجحانه عند القاضي بالتأمل في احواله مثل هذا الفاسق هل يكذب في العادة ام لا (فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا، و باعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا فلهذا) اي فلاجل ذلك (امتنع الحدان) اي حد الزنا على المشهود عليه و حد القذف على الشهود (و سيأتي فيه) اي في حكم هذه المسألة (خلاف الشافعي رحمه الله تعالى بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة فهو كالعبد عنده) اي الفاسق في شهادته كالعبد عند الشافعي رحمه الله تعالى و يحد الشهود حد القذف عنده و به قال احمد رحمه الله تعالى في رواية و مالك(٢) رحمه الله تعالى (و ان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا) هذا لفظ القدوري في مختصره، و هو احد قولي الشافعي رحمه الله تعالى و في قوله الآخر لا حد عليهم. و قال الكاكي(٣) حدوا اي عند طلب المشهود عليه الحد ذكره البزدوي لا اختلاف فيه، لقوله تعالى فان لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم(٤) (لانهم قذفة) اي لإن الذين نقصوا عن الاربعة قذفة جمع قاذف، كسرقة جمع سارق (اذ لا حسبة) لاقامة الحد (عند نقصان العدد و خروج الشهادة عن القذف باعتبارها) اي باعتبار الحسبة، لان الشاهد

=> الاداء على وجه الكمال و هو الحر البالغ العاقل العدل و اهل لهما على وجه القصور كالفاسق لتهمة الكذب و مقابل القسمين ليس اهلا للتحمل و لا للاداء و هم العبيد و الصبيان و المجانين و الكفار و اهل للتحمل لا للاداء كالمحدودين في قذف و العميان فالاول يحكم بشهادته و تثبت الحقوق بها و الثاني يجب التوقف فيها ليظهر صدقه اولا فلا و الثالث لا شهادة له اصلا حتى لم يعتبر فيما لم يعتبر للاداء فلايصح النكاح بحضورهما و شهدتهما و الرابع يعتبر في هذا فصح النكاح بحضور العميان و القذفة و لو شهدوا بعد ذالك لم تقبل الخ و كذا في العناية و الكفاية مختصرا. (٢) و مالك رحمه الله تعالى راجع المغني ص١٨١ ج١٠ و اعلاء السنن ص٦٧٣ ج١١. (٣) الكاكي رحمه الله تعالى و في فتح القدير حدوا حد القذف يعني اذا طلب المشهود عليه بالزنا ذالك لانه حقه فتوقف على طلبه و هذه اجماعية لقوله تعالى و الذين يرمون المحصنات الآية. (٤) فاجلدوهم النور ٤.

مخير بين حسبتين على ما مر في اول الباب. و هنا لم يوجد حسبة الستر، فذاك ظاهر، و لم يوجد حسبة اداء الشهادة ايضا فتعين القذف، فلزم الحد لان الله تعالى جعل نصاب الشهادة في الزنا اربعة، فاذا نقص العدد عنها صاروا قذفة فيحدون حد القذف لقوله تعالى و الذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة و اعلم ان في قول المصنف رحمه الله تعالى لانهم قذفة اثرا اخرجه الحاكم في المستدرك(١) في فضائل المغيرة بن شعبة رضي الله تعالى عنه عن ابي عتاب سهل بن حماد عن عبد العزيز بن ابي بكرة، قال كنا جلوسا عند باب الصغير الذي في المسجد ابوبكرة و اخوه نافع و شبل من معبد فجاء المغيرة بن شعبة يمشي في ظلال المسجد و المسجد يومئذ من قصب، و المغيرة يومئذ امير البصرة امره عليها عمر بن الخطاب رضي الله عنه فانتهى الى ابي بكرة فسلم عليه، فقال له ابو بكرة ايها الامير(٢) ليس لك ذلك اجلس في بيتك و ابعث الى من شئت فتحدث معه، قال يا ابابكرة و لا باس ثم دخل المغيرة من باب الاصغر حتى تقدم الى باب ام جميل امرأة من قيس فدخل عليها فقال ابوبكرة و الله لاصبر لي على هذا ثم بعث غلاماً له و قال له ارق الغرفة و انظر من الكوة فذهب فنظر فلم يلبث ان رجع، فقال وجدتهما في لحاف واحد، فقال ابوبكرة للقوم قوموا معي، فقاموا فبدأ ابوبكرة فنظر ثم استرجع ثم قال وجد في لحاف، فقال ابوبكرة للقوم قوموا معي فقاموا فبدأ ابوبكرة فنظروا ثم استرجع ثم قال لاخيه انظر فنظر قال ما رأيت؟ قال الزنا محصناً، ثم قال لشبل انظر فنظر فقال مثل ذلك ثم قال يازياد انظر فنظر فقال مثل ذالك فقال اشهد الله عليكم قالوا نعم ثم كتب ابوبكرة الى امير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه بما رأى، فبعث عمر ابا موسى الاشعري رضي الله عنهما اميراً على البصرة و امره ان يرسل اليه المغيرة و معه ابوبكرة و شهدوه فلما قدم ابوموسى ارسل بالمغيرة و ابي بكرة و شهوده و قال للمغيرة ويل لك ان كان مصدوقاً عليك و طوبى لك ان كان مكذوباً عليك، فلما قدموا على عمر رضي الله عنه قال لابي بكرة هات ما عندك، قال اشهد اني رأيت الزنا محصنا ثم تقدم اخوه و هو نافع فقال نحو ذلك ثم تقدم شبل بن معبد البجلي فقال نحو ذلك ثم تقدم زياد فقال له ما رأيت؟ قال رأيتهما في لحاف و سمعت نفسا عالياً و لا ادرى ما وراء ذلك، فكبر عمر رضي الله عنه و فرح اذ نجا المغيرة و ضرب القوم الحد الا زياداً انتهى و سكت عنه و روى عبد الرزاق(٣) عن الثوري عن سليمان

---

(١) المستدرك في المناقب ص٤٤٨ ج٣ كذا في نصب الراية ص٣٤٥ ج٣. (٢) ايها الامير الخ و في هامش الزيلعي و في المستدرك بعد قوله ايها الامير ما اخرجك من دار الامارة؟ قال اتحدث اليكم فقال له ابوبكرة الخ.

(٣) عبد الرزاق -الحدود- باب قوله تعالى و لاتقبلوا لهم شهادة ابدا ص٣٨٤ج٧ و في نصب الراية ص٣٤٥ =>

و ان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد احدهم عبداً او محدوداً في قذف، فانهم يحدون، لانهم قذفة، اذ الشهود ثلاثة، و ليس عليهم و لا على بيت المال ارش الضرب و ان رجم فديته على بيت المال، و هذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا ارش الضرب ايضا على بيت المال. قال العبد الضعيف عصمه الله معناه اذا كان جرحه

التيمي عن ابي عثمان النهدي قال شهد ابوبكرة و نافع يعني ابن علقمة و شبل بن معبد على المغيرة انهم نظروا اليه كما ينظرون الى المرود في المكحلة فجاء زياد فقال عمر رضي الله تعالى عنه جاء رجل لايشهد الا بالحق، فقال رأيت مجلساً قبيحا و انبهاراً(١) فجلدهم عمر الحد. قال ابونعيم هولاء الذين شهدوا اخوة لام اسمها سمية و زياد بن سمية كان يسمى زياد بن امية انتهى الانبهار من البهر و هو النفس العالي (و ان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم) يعني حد و كان غير محصن، فجرحته السياط (ثم وجد أحدهم) اي احد الشهود (عبداً او محدوداً في قذف، فانهم يحدون لانهم قذفة اذ الشهود ثلاثة) لان الشهود في الزنا اذا كانوا اقل من اربعة يجب عليهم حد القذف لقصور عدد الشهادة، و يجب الحد على العبد و المحدود، و كذلك اذا وجد احد الشهود اعمى (و ليس عليهم) اي على الشهود (و على بيت المال ارش الضرب) و معرفة الارش ان يقوم المحدود عبدا سليما من هذا الامر و يقوم و به هذا الاثر، فينظر ما ينقص به القيمة، فينقص من الدية مثله (و ان رجم) بان كان محصنا ثم ظهر احد الشهود عبداً او محدوداً في قذف (فديته على بيت المال) هذا بالاتفاق، لان القاضي اخطأ في قضائه للعامة فوجب الضمان في مالهم (و هذا) اي المذكور من الفصلين (عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا ارش الضرب ايضا على بيت المال) و الحربي اذا قذف مسلما يجب عليه بالاتفاق و حد الخمر لايجب عليه بالاتفاق، و حد الزنا و السرقة يجب عند ابي يوسف رحمه الله تعالى و لايجب عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و الذمي يجب عليه جميع الحدود الا حد الخمر، و قد مر في باب الوطء الذي يوجب الحد (قال) اي المصنف رحمه الله تعالى (معناه) اي معنى كلام محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير ارش الضرب ايضا على بيت المال (اذا كان جرحه) اي

=> ج٣ طريق آخر اخرجه الطبراني في معجمه عن عبد الرزاق ثنا الثوري عن سليمان التيمي الخ و في هامش الزيلعي قال الهيثمي في مجمع الزوائد ص٠ ٢٨ ج٦ رواه الطبراني و رجاله رجال الصحيح انتهى و قال الزيلعي عن طبقات ابن سعد و ذالك سنة سبعة عشر ثم ولاه عمر رضي الله تعالى عنه بعد ذالك الكوفة يعني المغيرة.

(٢) انبهارا و في حاشية مصنف عبدالرزاق الانبهار انقطاع النفس من السعي الشديد و يقال انبهر و ابتهر اي بالغ في الشيء و لم يدع جهدا انتهى و كذا في لسان العرب.

و على هذا الخلاف اذا مات من الضرب و على هذا اذا رجع الشهود لايضمنون عنده، و عندهما يضمنون لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره، فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع و عند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي، و هو عامل للمسلمين، فتجب الغرامة في مالهم فصار كالرجم و القصاص. و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الواجب هو الجلد و هو ضرب مؤلم غير جارح، و لا مهلك فلايقع

بالضرب لانه اذا لم يجرح لايجب شيء على أحد، كذا ذكر العتابي (و على هذا الخلاف) اي الخلاف المذكور (اذا مات) اي المجلود (من الضرب) يجب دية النفس في بيت المال عندهما اذا ظهر بعض الشهود عبداً او محدوداً في قذف او اعمى. و عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لايجب شيء (و على هذا) اي و على هذا الخلاف المذكور (اذا رجع الشهود) بعد الجرح بالجلد او الموت بالجلد (لايضمنون عنده) اي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى اصلا لا ضمان النفس و لا ضمان الارش (و عندهما يضمنون)(١) ارش الجراحة ان لم يمت المجلود و الدية ان مات (لهما) اي لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب) يعني بغير قيد السلامة (اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع) اي عن وسع الضارب (فينتظم الجارح وغيره) اي يشمل الضرب الجارح و غير الجارح (فيضاف) اي الجرح او الهلاك (الى شهادتهم) لانهم اثبتوا الجلد (فيضمنون بالرجوع) لانه ظهر كذبهم في شهادتهم (و عند عدم الرجوع يجب) اي الضمان (على بيت المال، لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي) لانه اخطأ في قضائه، و لايرجع الى الشهود لانهم ما رجعوا، و القاضي اذا اخطأ في قضائه يجب الضمان على من وقعت منفعة القضاء لاجله، و قد وقعت المنفعة للعامة لان منفعة الحد و هي اخلاء العالم عن الفساد يقع للعامة (و هو) اي القاضي (عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم) و مالهم بيت مال المسلمين (فصار كالرجم و القصاص) اي فصار الجرح او الهلاك بالحد على تقدير عدم رجوع الشهود بان ظهر بعضهم عبداً او محدوداً كالرجم و القصاص، يعني في الرجم و القصاص يجب الغرامة في بيت المال، فكذا في الجرح او الموت بالجلد (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الواجب هو الجلد، و هو ضرب مؤلم غير جارح و لامهلك) الا ترى ان الجلد لايقام في الحر الشديد او البرد الشديد و لا على المريض حتى يبرأ كيلا يقع متلفا و لا بسوط له ثمرة كيلا يقع جارحاً (فلايقع)

---

(١) يضمنون و قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى الارش و الدية على الحاكم فتح.

جارحاً ظاهراً الا لمعنى في الضارب، و هو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لايجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة و ان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها من زيادة الشبهة، و لا ضرورة الى تحملها، فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد ايضا، معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة اذ هم قائمون مقامهم في الامر و التحميل

اي الضرب حال كونه (جارحاً ظاهرا الا لمعنى في الضارب، و هو قلة هدايته) اي المعنى في الضارب قلة هدايته في عمله و ترك احتياطه (فاقتصر عليه) اي فاقتصر الجرح او الهلاك على الضارب من غير ان يضاف الى الشهود او القاضي (الا انه) استثنى من قوله فاقتصر عليه، و هذا جواب عما يقال لما اقتصر عليه كان ينبغي ان يجب الضمان عليه، و هو القياس فاجاب عنه بقوله الا انه (لايجب عليه الضمان في الصحيح) و هو الاستحسان (كيلا يمتنع الناس عن الاقامة) اي عن اقامة الحدود (مخافة الغرامة) اي لاجل الخوف عن الغرامة، و قيد الصحيح احتراز عما روى في مبسوط(١) فخر الاسلام. و لو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه، لانه ليس بمامور بهذا الوجه، لانه امر بضرب مؤلم لا جارح و لا كاسر و لا قاتل، فاذا وجد الضرب على هذه الوجوه فقد وقع فعله متعدياً فيجب عليه الضمان و الله اعلم. (و ان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد) اي الرجل (لما فيها) اي في شهادة الفروع (من زيادة الشبهة)(٢) يعني لما فيها من شبهة زادت على الاصل لم تكن فيه، فان الكلام اذا تداولته الالسنة يمكن فيها زيادة و نقصان (و لا ضرورة(٣) الى تحملها) اي الى تحمل زيادة الشبهة، لان الحدود لدرئها لا لاثباتها، و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و مالك و احمد رحمهما الله تعالى و قال الشافعي رحمه الله تعالى في الاصح تقبل اذا كان بشرائط كشهادة الاصول (فان جاء الاولون) اي الاصول بعد ما شهد الفروع (فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان) يريد به ذلك الزنا بعينه (لم يحد ايضا معناه) اي معنى قول محمد رحمه الله تعالى في ذلك المكان (شهدوا على ذلك الزنا بعينه، لان شهادتهم) اي شهادة الاصول (قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة، اذ هم قائمون مقامهم في الامر و التحميل) اي الفروع قائمون مقام

---

(١) مبسوط فخر الاسلام الخ كذا في الشروح الثلاثة. (٢) من زيادة الشبهة و في الفتح لتحققها في موضعين في تحميل الاصول و في نقل الفروع و هو قول مالك و احمد رحمهما الله تعالى و الاصح من مذهب الشافعي رحمه الله تعالى انه يحد بها اذا تكاملت شروطها انتهى. (٣) و لا ضرورة الى تحملها لانه يمكن ان يحضر =>

و لايحد الشهود، لان عددهم متكامل، و امتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة، و هي كافية لدرء الحد لا لايجابه، و اذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم، فكلما رجع واحد حد الراجع وحده و غرم ربع الدية، اما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة ارباع الحق، فيكون الفائت بشهادة الراجع ربع الحق، و قال الشافعي رحمه الله تعالى يجب القتل دون المال، بناء على اصله في شهود القصاص و سنبينه في الديات ان شاء الله تعالى و اما الحد فمذهب علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى و قال زفر رحمه الله تعالى لايحد لانه ان كان الراجع

الاصول، و هذا التعليل تعليل لرد شهادة الاصول بسبب رد شهادة الفروع فان قيل يشكل هذا في الحقوق المالية، فان ثمة تقبل شهادة الاصول بعد رد شهادة الفروع، و الجواب ان المال يثبت بالشبة بخلاف الحدود (و لايحد الشهود) اي الاصول و الفروع لايحدون (لان عددهم متكامل) و الاهلية ايضا موجودة (وامتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة) و هي شبهة البدلية و احتمال الزيادة و النقصان في الفروع و شبهة الرد في الاصول (و هي كافية لدرء الحد لا لايجابه) اي شبهة كافية لاسقاط الحد لا لايجاب الحد يعني ان الشبهة ليست بموجبة للحد و لكنها مسقطة له (و اذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم) اي الرجل (فكلما رجع واحد منهم حد الراجع وحده و غرم ربع الدية اما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة ارباع الحق، فيكون الفائت بشهادة الراجع ربع الحق وقال الشافعي رحمه الله تعالى يجب القتل) اي قتل الراجع (دون المال بناء على اصله) اي اصل الشافعي رحمه الله تعالى (في شهود القصاص) يعني اذا رجعوا بعد القصاص فيقتلون عنده فكذا هنا اذا رجعوا بعد الرجم يقتلون، و بقول الشافعي رحمه الله تعالى قال ابن ابي ليلى رحمه الله تعالى و هو قول الحسن البصري رحمه الله تعالى ايضا (و سنبينه في الديات ان شاء الله تعالى) قال الاترازي رحمه الله تعالى هذه حوالة(١) ليس لها رواج (و اما الحد فمذهب علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى و قال زفر رحمه الله تعالى لايحد لانه ان كان الراجع

=> الاصول فيشهدوا الكفاية. (١) هذه حوالة الغ و في فتح القدير ص٦٩ ج٥ قيل وقعت الحوالة غير رائجة لانه لم يذكره فيه انتهى و في مابين السطور لمحشى الهداية ص٤٠٥ ج٢ هذا وعد ليس له وفاء كذا قال العيني اقول و ظني ان الصواب في الشهادات مكان الديات فان في كتاب الرجوع عن الشهادات ص١٧٦ ج٣ ما يتعلق بالموضوع بوجه ما حيث قال و ان شهدوا بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية و لايقتص منهم و قال الشافعي رحمه الله تعالى يقتص منهم لوجود القتل منهم تسببيا الغ و الله اعلم.

قاذف حي فقد بطل بالموت، و ان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي، فيورث ذلك شبهة. و لنا ان الشهادة انما تنقلب قذفاً بالرجوع، لان به تفسخ شهادته، فجعل للحال قذفاً للميت، و قد انفسخت الحجة، فينفسخ ما يبتنى عليه، و هو القضاء في حقه، فلايورث الشبهة، بخلاف ما اذا قذفه غيره، لانه غير محصن في حق غيره، لقيام القضاء في حقه فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعاً و سقط الحد عن المشهود عليه و قال محمد رحمه الله تعالى حد الراجع خاصة، لان الشهادة تأكدت بالقضاء، فلاينفسخ الا في حق الراجع، كما

قاذف حي، فقد بطل بالموت، و ان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي، فيورث ذلك شبهة) اشارة الى كون الميت مرجوما بحكم القاضي(١) (و لنا ان الشهادة انما تنقلب قذفاً بالرجوع لان به) اي بالرجوع (تفسخ شهادته فجعل للحال) اي في الحال (قذفا للميت، و قد انفسخت الحجة) و هي الشهادة (فينفسخ ما يبتني عليه، و هو القضاء في حقه) و الضمير في عليه يرجع الى الحجة على تاويل الكلام قاله الاترازي رحمه الله تعالى و قال ايضا و قوله و هو راجع الى ما هو عبارة عن القضاء، و الضمير في حقه راجع الى الراجع، يعني ان القضاء انفسخ في حق الراجع، لان القضاء مبني على الشهادة، و قد انفسخت شهادة الراجع بالرجوع (فلايورث الشبهة) اي كونه مرجوما بقضاء القاضي لايورث الشبهة في سقوط حق القذف عن الراجع، لان القضاء انفسخ في حقه (بخلاف ما اذا قذفه) اي الميت (غيره) اي الراجع (لانه) اي لان المرجوم (غير محصن في حق غيره) اي غير الراجع (لقيام القضاء في حقه) اي في حق غير الراجع لان قضاء القاضي في زعمه صحيح متقرر فكان قذفه واقعا في حق غير المحصن فلم يحد، فظهر الفرق (فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعاً) يعني حد الشهود كلهم و اعلم ان رجوع الشهود لايخلو(٢) اما ان يكون بعد القضاء و الامضاء او بعد القضاء قبل الامضاء او قبل القضاء و الامضاء، فهذه فصول ثلاثة، و قد ذكر الفصل الاول و شرع هنا في الفصل الثاني، و هو ما اذا رجع بعد القضاء قبل الامضاء و هو قوله فان لم يحد المشهود عليه، و هو ما اذا رجع بعد القضاء قبل الامضاء يحدون كلهم (و سقط الحد عن المشهود عليه) في قول ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى في قوله الآخر (و قال محمد رحمه الله تعالى حد الراجع خاصة، لان الشهادة تأكدت بالقضاء، فلاينفسخ الا في حق الراجع) لا في حق غيره (كما

---

١) بحكم القاضي و ذالك ان لم يسقط الاحصان فلا اقل من ايراث الشبهة و الحد يسقط بها العناية. (٢) لايخلو الخ و نحوه في الفتح ص٦٨ ج٥.

اذا رجع بعد الامضاء و لهما ان الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد منهم قبل القضاء و لهذا سقط الحد عن المشهود عليه و لو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعاً. و قال زفر رحمه الله تعالى يحد الراجع خاصة، لانه لايصدق على غيره. و لنا ان كلامهم قذف في الاصل، و انما يصير شهادة باتصال القضاء به، فاذا لم يتصل(١) بقي قذفاً، فيحدون فان كانوا خمسة فرجع احدهم

اذا رجع بعد الامضاء) و به قال ابويوسف رحمه الله تعالى اولا، و هو قول زفر رحمه الله تعالى ايضا. و قال الشافعي رحمه الله تعالى في احد قوليه لايحد الراجع (و لهما) اي و لابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى (ان الامضاء من القضاء) اي أن امضاء الحد بمنزلة القضاء بدليل ان الامضاء لايجوز الا بمحضر من القاضي، و لهذا تجعل(٢) الاسباب الحادثة في الشهود كالارتداد و الفسق و الجنون و العمى و الموت و الغيبة بعد القضاء قبل الامضاء، كالحادثة قبل القضاء فكان الرجوع قبل الامضاء كالرجوع قبل القضاء فيحدون جميعاً و هو معنى قوله (فصار كما اذا رجع واحد منهم قبل القضاء، و لهذا) اي و لاجل ان الامضاء من القضاء في باب الحدود (سقط الحد عن المشهود عليه) اذا رجع واحد بعد القضاء قبل الامضاء كما يسقط اذا رجع قبل القضاء (و لو رجع واحد منهم) هذا هو الفصل الثالث، و هو ما اذا رجع (قبل القضاء) و الامضاء اي لو رجع شاهد واحد من الشهود الاربعة قبل القضاء و الامضاء (حدوا جميعاً) اي يحدون كلهم(٣) (و قال زفر رحمه الله تعالى حد الراجع خاصة لانه) اي لان الراجع (لايصدق على غيره) يعني ان رجوعه حجة على نفسه لا على(٤) غيره (و لنا ان كلامهم قذف في الاصل) يعني لكونه ضريحاً فيه (و انما يصير شهادة باتصال القضاء به) اي بكلامهم (فاذا لم يتصل به) اي فاذا لم يتصل القضاء بكلامهم (بقي قذفا فيحدون) لقصور عددهم (فان كانوا خمسة) هذا عطف على اصل المسألة و هو قوله و اذا شهد اربعة بالزنا (فرجع احدهم) يعني بعد

---

(١) لم يتصل - ن - لم يتصل به. (٢) تجعل الخ و نحوه في الفتح ص٧٠ ج٥. (٣) يحدون كلهم و هو قول الائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى الفتح. (٤) على غيره و في العناية ص٧٠ ج٥ بقي قذفا و هذا يناقض ما تقدم لانه قال هناك ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع و ههنا قال انها قذف و انما تصير شهادة باتصال القضاء بها و يمكن ان يجاب عنه بانه لا منافاة بينهما لانه قذف في الاصل و انما يصير شهادة باتصال القضاء به ثم يعود الى ما كان بالرجوع و على هذا لايرد قول من يقول ان فيما قال اصحابنا مؤاخذة من لم يرجع بذنب من رجع و قد قال تعالى و لاتزر وازرة وزر اخرى لان الكل قذفة عند عدم اتصال القضاء بالشهادة فكل منهم مؤاخذ بذنبه لابذنب غيره انتهى.

فلا شيء عليهم، لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق، و هو شهادة الاربع، فان رجع آخر حدا و غرما ربع الدية. اما الحد فلما ذكرنا، و اما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة ارباع الحق، و المعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف. و ان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس او عبيد فالدية على المزكين عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى معناه اذا رجعوا عن التزكية

الرجم، لان وضع المسألة في ذلك (فلاشيء عليهم) اي لا الحد و لا الدية، لا على الشهود و لا على الراجع، و به قال(١) الشافعي رحمه الله تعالى في الاصح و مالك و احمد رحمهما الله تعالى و عن مالك رحمه الله تعالى لايجب الدية بالرجوع اصلاً. و قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه يجب خمس الدية (لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق، و هو شهادة الاربع فان رجع آخر) اي من الاربعة (حدا) اي الراجع الاول و هو الخامس و الراجع الثاني من الاربعة (و غرما ربع الدية) قال الشافعي(٢) رحمه الله تعالى ان قالا تعمدنا الكذب وجب عليهما القود. و ان قالا اخطأنا وجب عليهما قسطهما في الدية و غرما ربع الدية (أما الحد فلما ذكرنا) اشارة الى قوله و لنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع. و قال الاترازي فان قلت(٣) حين رجع الواحد من الخمسة لا شيء عليه اصلاً، فعند ذلك كيف يجب عليه الحد و الغرامة برجوع الآخر. قلت انما لم يجب عليه شيء وقت رجوعه لمانع مع وجود السبب، و المانع بقاء الحجة الكاملة. فلما رجع آخر زال المانع، فعمل السبب عمله (و أما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة ارباع الحق، و المعتبر بقاء من بقي، لا رجوع من رجع على ما عرف) اي في كتاب الشهادات (و ان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا) على صيغة المجهول من التزكية من زكى نفسه(٤) اذا مدحه و تزكية الشهود الوصف بكونهم ازكياء (فرجم) اي الرجل (فاذا الشهود مجوس او عبيد فالدية على المزكين عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) و قال المصنف رحمه الله (معناه اذا رجعوا) ي المزكون (عن التزكية) و قال الاترازي رحمه الله تعالى قال صاحب الهداية رحمه الله تعالى معناه اذا رجعوا عن التزكية اي معنى قوله فالدية على المزكين، قال و يدل على صحة تاويله ما نص عليه

---

(١) قال الشافعي رحمه الله تعالى في الاصح الخ كذا في الفتح. (٢) قال الشافعي رحمه الله تعالى ان قالا الخ و في الفتح و للشافعي رحمه الله تعالى تفصيل و هو انهما ان قالا اخطأنا وجب عليهما قسطهما من الدية و فيه وجهان في وجه خمسها و في وجه ربعها كقولنا و لو قالا تعمدنا الكذب يقتلان انتهى. (٣) فان قلت حين الخ كذا في الكفاية و العناية و المبسوط للسرخسي ص١٠٤ ج٩. (٤) زكى نفسه الخ كذا في العناية.

و قال ابويوسف و محمد(١) رحمهما الله تعالى هو على بيت المال، و قيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم.

الحاكم في الكافي(٢) اذا شهد الشهود على رجل بالزنا و الاحصان فزكاهم نفر و زعموا انهم احرار و رجم ثم وجدوهم عبيداً قال لا حد على الشهود و لا ضمان قلت فهل على المزكين قال ان ثبت المزكون على شهادتهم انهم احرار لم يقض على المزكين بشيء فان رجع المزكون عن شهادتهم انهم احرار ضمنوا و هذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى فان لم يقولوا انهم احرار و قالوا هم عدول ثم وجدوا عبيداً، قالا لا ضمان على المزكين، و الى هاهنا لفظ الحاكم رحمه الله و قال الكاكي رحمه الله تعالى قوله معناه اذا رجعوا عن التزكية بان قالوا قلنا هم احرار مسلمون، مع علمنا بحالهم انهم عبيد، و كذا في نسخ الشروح، فعلى هذا ينبغي ان لايذكر في الكتاب قوله و قيل هذا اذا قالوا تعمدنا من غير ان يقال، و قيل لان قوله و قيل يقتضي أن يكون معنى الرجوع عن التزكية التي توجب الضمان عنده في قول آخر سوى التعمد و ليس كذلك فان المزكي اذا قال اخطأت في التزكية لايضمن بالاجماع، و انما الخلاف فيما اذا تعمد ذلك مع علمه بحالهم، ذكره في جامع قاضي خان و اليه اشار بقوله في المبسوط. و قال تاج الشريعة معناه اذا رجعوا عن التزكية بان قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا انهم مجوس، حتى لو قالوا أخطأنا لايضمنون (و قالا) اي قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى (هو على بيت المال) اي الضمان على بيت المال (و قيل هذا) اي وجوب الضمان عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى (اذا قالوا) اي المزكون (تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم) اما اذا قالوا اخطأنا فلايجب عليهم الضمان. قال الامام العتابي رحمه الله تعالى في شرحه للجامع الصغير

---

(١) و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى - ن - و قالا. (٢) الكافي - راجع المبسوط للسرخسي ص٥٩ ج٩ و الفتاوى الهندية ص١٥٤ ج٢ الباب الخامس في الشهادة على الزنا و الرجوع عنها و فتح القدير ص٧١ ج٥ و لفظ البناية المخطوطة و المطبوعة ههنا لايطمئن به قلبي الآثم. و لفظ الهندية اربعة شهدوا على رجل بالزنا فزكاهم نفر و قالوا انهم احرار مسلمون عدول ثم ظهر انهم عبيد او كفار او محدودون في القذف ان بقى المزكون على تزكيتهم و لم يرجعوا عنها و لكن قالوا اخطأ فلاضمان عليهم عندهم جميعاً و يجب الضمان في بيت المال عندهم جميعا فاما اذا رجعوا عن التزكية و قالوا كنا عرفناهم عبيدا او كفارا او محدودين في القذف الا انا تعمدنا التزكية مع هذا - اختلفوا فيه قال ابوحنيفة رحمه الله تعالى يجب الضمان على المزكين و لايجب في بيت المال و قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى لا ضمان على المزكين و يجب في بيت المال و هذا اذا ظهر ان الشهود عبيد او كفار او محدودون في القذف فاما اذا ظهر انهم فسقة و رجعوا عن التعديل و قالوا عرفناهم =>

لهما انهم اثنوا على الشهود خيراً فصار كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيراً بان شهدوا على احصانه، و له ان الشهادة انما تصير حجة عاملة بالتزكية، فكانت التزكية في معنى علة العلة، فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط، و لا فرق بينما اذا شهدوا بلفظة الشهادة او اخبروا، و هذا اذا اخبروا بالحرية و الاسلام، اما اذا قالوا هم عدول و ظهروا عبيداً لايضمنون، لان العبد قد يكون عدلاً

اذا قالوا علمنا انهم مجوس، و مع هذا زكيناهم اما اذا قالوا اخطأنا، فلايجب عليهم الضمان لانهم صاروا كالقاضي و القاضي لو اخطأ لا ضمان عليه، فكذا هاهنا، و انما وجب الضمان عليهم اذا تعمدوا لانهم اظهروا علة التلف (لهما) اي لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (انهم) اي ان المزكين (أثنوا على الشهود خيرا) حيث اثبتوا بذلك شرط الحجة، و هي العدالة (فصار كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيراً بان شهدوا على احصانه) فلايضمنون شيئاً و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى فاذا لم يضمنوا شيئا وجب الضمان على بيت المال (و له) اي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (أن الشهادة انما تصير حجة عاملة بالتزكية) اذ الشهادة في الحدود لاتوجب شيئا بلاتزكية (فكانت التزكية في معنى علة العلة) لان التزكية معملة للعلة، و المعملة للعلة علة العلة، و الحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة، الا ترى ان حفر البئر لما كان هو الذي يجعل ثقل المار علة للوقوع في البئر، فيضاف الحكم اليه عند تعذر اضافته الى الفعل (فيضاف الحكم اليها) اي الى علة العلة، فصار المزكون كالشهود اذا رجعوا (بخلاف شهود الاحصان، لانه محض الشرط) حاصله ان الشهادة على الاحصان شرط محض او علامة معرفة لحكم الزنا الصادر بعد وجود الاحصان، و لا حاجة لثبوت الزنا الى شهود الاحصان، لان الزنا ثبت بشهود الزنا قبل الاحصان، و لكن لايثبت الزنا بشهود الاحصان ما لم يزكوا، فظهر الفرق بين التزكية و شهادة الاحصان (و لا فرق بينما اذا شهدوا بلفظة) اي المزكون بلفظ (الشهادة او اخبروا) بان قالوا نشهد بانهم احرار او قالوا هم احرار (و هذا) اي وجوب الضمان على المزكين على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى (اذا اخبروا بالحرية و الاسلام) اي فيما اذا اخبروا بحرية الشهود و اسلامهم، ثم ظهر الشهود مجوساً او عبيداً (اما اذا قالوا هم عدول و ظهروا عبيداً لايضمنون، لان العبد قد يكون عدلاً) ايضا بتركه محظور دينه. و اعلم ان زكاة

=> فسقة الا انا تعمدنا التعديل فانهم يضمنون و هذا اذا قال المزكون هم احرر مسلمون عدول فاما اذا قالوا عدول لا غير ثم ظهر ان الشهود عبيد لا ضمان عليهم كذا في المحيط انتهى.

و لا ضمان على الشهود، لانه لم يقع كلامهم شهادة، و لايحدون حد القذف، لانهم قذفوا حياً و قد مات فلايورث عنه. و اذا شهد اربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيداً فعلى القاتل الدية و في القياس يجب القصاص، لانه قتل نفساً معصومة بغير حق وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل، فاورث شبهة، بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء، لان الشهادة لم تصر حجة بعد، و لانه ظنه مباح الدم معتمداً على دليل مبيح، فصار كما اذا ظنه حربياً، و عليه علامتهم.

المزكي شرط عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهما، ذكره في المختلف، و لايشترط العدد في المزكي عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى خلافا لمحمد رحمه الله تعالى و يشترط الاثنان في سائر الحقوق و الاربعة في الزنا، و يجوز شهادة رجل و امرأتين على الاحصان كذا قال الحاكم (و لا ضمان على الشهود) لانه لم يقع كلامهم شهادة فيه نظر(١) لما تقدم ان كلام كل منهم يصير شهادة باتصال القضاء، و قد اتصل به القضاء فما وجه قوله (لانه لم يقع كلامهم شهادة) و الجواب ان القضاء لما ظهر خطأه بيقين صار كأن لم يكن فلم يتصل القضاء بكلامهم فلم يصر شهادة (و لايحدون) اي الشهود (حد القذف لانهم قذفوا حيا و قد مات فلايورث عنه) اي لايورث حد القذف من الميت، لايقال لم لم يجعل قذفاً للميت للحال بطريق الانقلاب كما في صورة الرجوع عن الشهادة، لانا نقول علة الانقلاب الرجوع عن الشهادة و لم يوجد فان قيل لم لا يكون ظهورهم عبيداً او مجوساً علة للانقلاب كالرجوع فالجواب ان الانقلاب صيرورة الشهادة قذفاً و كلامهم لم يقع شهادة (و اذا شهد اربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيداً فعلى القاتل الدية) في ماله (و في القياس يجب القصاص لانه قتل نفساً معصومة بغير حق وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهراً وقت القتل، فاورث شبهة) كنكاح الفاسد يصير شبهة لاسقاط الحد (بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء) حيث يجب القصاص لعدم الشبهة لان القضاء هو المورث للشبهة و لم يوجد، اشار اليه بقوله (لان الشهادة لم تصر حجة بعد و لانه(٢) ظنه) عطف على قوله ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل، اي ظن الذي قتله (مباح الدم معتمداً على دليل مبيح(٣) فصار كما اذا ظنه حربياً و عليه علامتهم) اي كما اذا ظن المسلم او الغازي الشخص حربياً و عليه علامتهم، اي علامة اهل

---

(١) فيه نظر الخ كذا في العناية. (٢) و لانه ظنه الخ وجه آخر للاستحسان. (٣) دليل مبيح و هو قضاء القاضي - الكفاية.

و يجب الدية في ماله لانه عمد، و العواقل لاتعقل العمد، و يجب ذلك في ثلاث سنين، لانه وجب بنفس القتل، و ان رجم ثم وجدوا عبيداً فالدية على بيت المال، لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اليه، و لو باشره بنفسه يجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخالف ما اذا ضرب عنقه، لانه لم يأمر بامره(١) و اذا شهدوا على رجل بالزنا و قالو تعمدنا النظر قبلت شهادتهم

الحرب، فقتله عمداً ثم ظهر ان المتقول ليس بحربي لايجب القصاص لشبهة ظنه مباح الدم (و يجب الدية في ماله، لانه عمد و العواقل) جمع عاقلة (لاتعقل العمد و يجب ذلك في ثلاث سنين، لانه وجب بنفس القتل) لا بالاقرار، و كل شيء(٢) يجب بنفس القتل تكون الدية في ثلاث سنين (و ان رجم) على بناء الفاعل(٣) معطوف على قوله فضرب عنقه اي و ان رجم ذلك الرجل المذكور المشهود عليه بالزنا بعد قضاء القاضي بالرجم و في لفظ مبسوط البكري رجمه بالحجارة و لفظ مبسوط السرخسي و ان كان هذا الرجل قتله رجماً (ثم وجدوا) اي الشهود (عبيداً فالدية على بيت المال، لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اليه) اي نقل فعل هذا الذي رجمه الى الامام (و لو باشره) الامام الرجم (بنفسه يجب الدية في بيت المال لما ذكرنا) عند قوله فيما مضى قبل ورقة بقوله لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي و هو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم (كذا هذا) اي كذا حكم هذا، و اشار به الى فعل الرجم (بخلاف ما اذا ضرب عنقه، لانه لم ياتمر بامره) اي امر الامام لانه امر بالرجم دون القتل فلم ينتقل فعله اليه(٤) (و اذا شهدوا على رجل بالزنا و قالوا تعمدنا النظر) اي الى فرج الزاني و الزانية (قبلت شهادتهم) و به(٥) قال الشافعي رحمه الله تعالى في النصوص و مالك و احمد رحمهما الله تعالى و لو قالوا تعمدنا النظر للتلذذ لا تقبل اجماعاً و في جامع السرخسي قال بعض العلماء لاتقبل شهادتهم و به قال الاصطخري من اصحاب الشافعي رحمه الله تعالى لاقرارهم بالفسق على انفسهم اذ النظر

---

(١) بامره – ن – امره. (٢) و كل شيء الخ و في الفتح و ما يجب بنفس القتل يجب مؤجلا كالدية بخلاف ما وجب بالصلح عن القود حيث يجب حالا لانه مال وجب بالعقد لا بنفس القتل فاشبه الثمن و نحوه في الكفاية.
(٣) على بناء الفاعل الخ كذا في الفتح و العناية و في البحر ص٢٦ ج٥ رجم بالبناء للفاعل اي و ان رجم رجل من امر القاضي برجمه فالمسئلة الاولى بيان لقتله بالسيف و الثانية بيان لقتله بالرجم و يجوز ان يكون مبنيا للمفعول اي ان رجم المشهود عليه بالزنا في هذه الحالة ثم تبين حال الشهود كذا في غاية البيان. (٤) فلم ينتقل فعله اليه – و لهذا يؤدبه على القتل بالسيف و لا يؤدبه هنا لانه لم يخالفه – فتح. (٥) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى كذا في فتح القدير ص٧٣ ج٥ و نبذ منه في العناية و الكفاية و المغنى لابن قدامة ص١٧٧ ج١٠.

لانه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب و القابلة. و اذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان و له امرأة قد ولدت منه فانه يرجم، معناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط، لان الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه، و لهذا لو طلقها يعقب الرجعة و الاحصان يثبت بمثله. فان لم تكن ولدت منه و شهد عليه بالاحصان رجل و امرأتان رجم، خلافا لزفر و الشافعي رحمهما الله تعالى فالشافعي رحمه الله تعالى مر على اصله ان شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال. و زفر رحمه الله تعالى يقول انه شرط في معنى العلة، لان الجناية تتغلظ(١) عنده،

الى عورة الغير فسق (لانه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة) لانهم كلفوا على اقامة الشهادة على انهم رأوه كالميل في المكحلة، و الرشاء في البئر و القلم في المحبرة (فاشبه الطبيب و القابلة) اي اشبه نظر شهود الزنا الى فرج الزانية لضرورة في ذلك، نظر الطبيب و القابلة الى الفرج و هذا لان الطبيب يجوز ان ينظر الى موضع العورة لضرورة المداواة. و قال في خلاصة الفتاوى لايجوز النظر الى العورة الا عند الضرورة، و هي الاحتقان و الختان و المداواة و الولادة و البكارة في العنة والرد بالعيب، و المرأة في حق المرأة اولى، و ان لم توجد ستر ما وراء موضع الضرورة (و اذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان و له امرأة قد ولدت منه فانه يرجم معناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرئط) اي شرائط الاحصان (لان الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه) اي على الرجل (و لهذا) اي و لاجل الحكم بالدخول عليه (لو طلقها يعقب الرجعة) اي الطلاق تعقبه الرجعة له ان يراجعها بعد الطلاق، و الطلاق قبل الدخول لايعقب الرجعة (و الاحصان يثبت بمثله) اي بمثل هذا الدليل الذي دل ظاهراً و فيه شبهة (فان لم تكن ولدت منه و شهد عليه بالاحصان رجل و امرأتان رجم، خلافاً لزفر و الشافعي رحمهما الله تعالى) و مالك و احمد(٢) رحمهما الله تعالى (فالشافعي رحمه الله تعالى مر على اصله ان شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال و زفر رحمه الله تعالى يقول انه) اي الاحصان (شرط في معنى العلة) فلاتقبل شهادة النساء فيه لان شهادة النساء لا مدخل لها في باب الحدود (لان الجناية تتغلظ عنده) بيانه ان علة حد الزنا هو الزنا، لكنه يتغلظ عند وجود الاحصان و لهذا يجب الرجم الذي هو اقصى العقوبات فكان الاحصان شرطاً في معنى العلة، و لاتقبل شهادتهن على علة الحكم، فلاتقبل ايضا على شرطه و هو الاحصان، لانه في معناها لتغلظ الجناية عنده، و

---

(١) تتغلظ - ن - يتغلظ. (٢) و احمد رحمه الله تعالى كذا في الفتح.

فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة، فلاتقبل شهادة النساء فيه(١) فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنا، فلا(٢) تقبل لما ذكرنا و لنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة، و انها مانعة من الزنا على ما ذكرنا، فلايكون في معنى العلة، و صار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة، بخلاف ما ذكر، لان العتق يثبت بشهادتهما، و انما لايثبت بسبق(٣) التاريخ لانه ينكره المسلم

هو معنى قوله لان الجناية تتغلظ عنده، اي(٤) عند زفر ايضاً (فيضاف الحكم اليه) اي الى الاحصان (فاشبه حقيقة العلة) قال الاكمل(٥) ترتب على ذلك أمران، احدهما ما ذكره في الكتاب، و هو قوله (فلاتقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء) اي لدفع الحد و الثاني ان شهود الاحصان اذا رجعوا بعد الرجم يضمنون عنده، لان شهود العلة يضمنون بالرجوع بالاتفاق (فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زى عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنا فلاتقبل) يعني ان الزاني لو كان مملوكاً لذمي، و هو مسلم فشهد شاهدان ذميان انه، اي ان مولاه الذمي اعتقه قبل الزنا لم يرجم(٦) (لما ذكرنا) اي لان الاحصان شرط في معنى العلة (و لنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة) بعضها(٧) ليس من صنع المرأ كالحرية و العقل، و بعضها فرض عليه كالاسلام، و بعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح و الدخول بالمنكوحة (و انها) اي و ان الخصال الحميدة (مانعة من الزنا على ما ذكرنا) قبل باب الوطئ الذي يوجب الحد فيكون الكل مزجرة و كل ما كان مانعا عن الزنا لايكون علة للعقوبة الغليظة (فلايكون في معنى العلة) لان المانع عن اللشيء لايكون علة له و لا سببا و لا شرطا ايضا فلايمكن ان يكون في معنى العلة (و صار كما اذا شهدوا به) اي بالاحصان (في غير هذه الحالة) اراد بهذه الحالة ما بعد الزنا قال الاكمل رحمه الله تعالى يعني لو شهد رجل و امراتان ان فلانا تزوج هذه المرأة و دخل بها في غير حالة الزنا قبلت شهادتهم، فكذلك هاهنا (بخلاف ما ذكر) اي بخلاف ما ذكر زفر رحمه الله تعالى بشهادة الذميين على ذمي انه اعتق عبده قبل الزنا (لان العتق يثبت بشهادتهما) اي بشهادة الذميين (و انما لايثبت بسبق التاريخ) يعني يثبت العتق، لكن لايثبت سابقا على الزنا (لانه ينكره المسلم)

---

(١) فيه فصار – ن – فيه احتيالا للدرء فصار. (٢) فلا – ن – لا. (٣) بسبق – ن – سبق. (٤) اي عند زفر – لعل الصواب اي عند الاحصان. (٥) الاكمل في العناية ص٧٤ ج٥. (٦) لم يرجم مع ان شهادة اهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة لكن لما كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة اهل الذمة فهذا مثله العناية و الكفاية. (٧) بعضها الخ كذا في الشروح الثلاثة.

او يتضرر به المسلم، فان رجع شهود الاحصان لايضمنون عندنا، خلافا لزفر رحمه الله تعالى و هو فرع ما تقدم.

اي لان سبق التاريخ ينكره المسلم و ما ينكره المسلم لايثبت بشهادة اهل الذمة لان المسلم يتضرر بسبق التاريخ من حيث تغليظ العقوبة عليه، فلايجوز ان يتضرر المسلم بشهادة الكفار كذا في المبسوط، و هو معنى قوله (او يتضرر به المسلم) اما شهادة النساء في غير الحدود مقبولة و ان تضرر المسلم (فان رجع شهود الاحصان لايضمنون عندنا، خلافا لزفر رحمه الله تعالى) و للشافعي رحمه الله تعالى في ضمان شهود الاحصان ثلاثة اوجه احدها لا ضمان عليهم و هو قولنا و الثاني يجب و هو قول زفر رحمه الله تعالى و الثالث اذا رجعوا مع الشهود على الزنا او شهدوا بالاحصان قبل ثبوت الزنا لم يضمنوا و ان شهدوا بعد ثبوت الزنا ضمنوا و في قدر ما يضمنون من الدية وجهان وجه يضمنون بضمان الدية الثاني ثلث الدية كذا في الحلية (و هو فرع ما تقدم) اي عدم الضمان على شهود الاحصان عندنا اذا رجعوا و وجوب الضمان عند زفر رحمه الله تعالى بناء على ما قلنا انه في معنى العلة عنده و شرط محض عندنا لايتعلق به الوجوب بل هو علامة معرفة لحكم الزنا الصادر بعد -فروع- و في الاحصان(١) يكفي الشهود ان يقولوا دخل بها زوجها و قال محمد رحمه الله تعالى لابد ان يقولوا جامعها او باضعها كذا في الشامل و لو انكر الاحصان بعد ثبوت الزنا فشهدا انه تزوج بامرأة و دخل بها ثبت احصانه حتى يرجم، كما لو قال وطئها او جامعها عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى لايثبت احصانه فلايرجم كما لو شهد انه قربها او اتاها و لو شهد اربعة نه زنى بامرأة و اربعة أخرى(٢) بامرأة اخرى فرجم و رجع الفريقان ضمنوا ديته بالاجماع و حدوا للقذف عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و به قال احمد رحمه الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى لايحدون و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و لو شهدوا(٣) على الزنا و اقر مرة به حد عند محمد رحمه الله تعالى و به قالت الائمة الثلاثة

---

(١) و في الحصان الخ كذا في الفتح ص٧٥ ج٥ و فيه و عند محمد رحمه الله تعالى لايثبت لان الدخول يراد به الجماع و يراد به الخلوة و لايثبت الاحصان بالشك و لهما ان الدخول يراد به الجماع عرفا مستمرا حتى صار يتبادر مع النكاح و التزويج و النساء قال الله تعالى من نسائكم التي دخلتم بهن فلا اجمال فيه فكانت كشهادتهم على الجماع الخ. (٢) اخرى الخ راجع لنحو هذه الفروع الكثيرة الفتاوى الهندية ص١٥٥ ج٢. (٣) و لو شهدوا الخ كذا في الفتح و لفظه لو شهد اربعة على رجل بالزنا فاقر مرة به حد عند محمد رحمه الله تعالى لان البينة وقعت معتبرة فلاتبطل الا باقرار معتبر و الاقرار مرة هنا كالعدم و عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى =>

باب حد الشرب

و من شرب الخمر فاخذ و ريحها موجودة او جاءوا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد و كذلك اذا اقر و ريحها موجودة لان جناية الشرب قد ظهرت و لم يتقادم العهد

رحمهم الله تعالى لان البينة وقعت معتبرة فلاتبطل بالاقرار، و عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى لايحد و هو الاصح. و اذا اقر اربع مرات لايحد عندنا خلافا للشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى فان عندهم يحد - القاضي اذا امر بالرجم او بالجلد هل يسع لمن لم يعاين الشهادة او سبب وجوب الرجم او الجلد فعند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى يسع و عند محمد لايسع لمن لم يشاهد و افتى فقهاؤ ماوراء النهر بقول محمد رحمه الله تعالى لغلبة الفساد على القضاة فلايؤمنون على الخصوص في الحدود التي تندرئ بالشبهات و قد فصل بعض المشايخ رحمهم الله تعالى في ذلك. فقال القضاة اربعة عالم عادل، و هذا واجب الطاعة، فيجب الائتمار و عادل جاهل و هذا يسأل عن كيفية ثبوت ماثبت عنده فاذا اخبر بما يوافق الشرع قبل قوله و عمل به و ظالم عالم و ظالم جاهل. و هذان لايقبل قولهما، و لايلتفت اليهما و قيل يسأل الثالث عن ثبوت الحكم عنده فان وافق مقتضى علمه عمل به، و ان ظهر فيه انه ظلم ترك.

(باب حد الشرب)

اي هذا باب في بيان حكم حد الشرب. قدم(١) حد الزنا على الشرب لما ان دعاء الطبع الى الزنا اكثر عند فرط الشبق، و لهذا ضربه اشد من ضرب الشرب. و في الزنا قتل النفس، و في شرب الخمر فوات العقل، و كان العقل كالتابع للنفس، و اخر القذف عن حد الشرب لتيقن الجريمة في الشارب دون القاذف لانه يحتمل انه صدق في القذف بان كان المقذوف زانياً و لهذا كان حد القذف اخف من الجميع و تاخير حد السرقة لما انه شرع لصيانة الاموال والمال تبع (و من شرب الخمر فاخذ و ريحها موجودة) اي و الحال ان ريح الخمر موجودة في فيه (او جاءوا به سكران) ي جاءوا به الى مجلس القاضي حال كونه سكران (فشهد الشهود عليه بذلك) اي بشرب الخمر (فعليه الحد و كذالك اذا اقر) اي بشرب الخمر (و ريحها موجودة) اي و الحال ان ريحها موجودة في فيه ذكر ضمير الريح بالتانيث، لان الريح من الاسماء المذكورة السماعية (لان جناية الشرب قد ظهرت و لم يتقادم العهد) اي و الحال ان العهد لم يتقادم و التقادم في الحدود الا في حد

=> لايحد و هو الاصح لان شرط قبول البينة انكار الخصم و هو مقر و لا حكم لاقراره فبطل الحد و لان الاقرار و ان فسد حكما فصورته قائمة فيورث شبهة انتهى. (١) و قدم الخ كذا في العناية و الفتح.

و الاصل فيه قوله عليه الصلوة و السلام من شرب الخمر فاجلدوه، فان عاد فاجلدوه

القذف مانع عن قبول الشهادة بالاتفاق على ما يأتي الآن (و الاصل فيه) اي في هذا الباب (قوله عليه الصلوة و السلام) اي قول النبي صلى الله عليه وسلم (من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه) هذا الحديث(١) رواه الجماعة من الصحابة رضي الله عنهم عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه اخرج حديثه اصحاب السنن(٢) الا الترمذي عن ابي سلمة عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سكر فاجلدوه، ثم ان سكر فاجلدوه فان عاد الرابعة فاقتلوه، و رواه ابن حبان في صحيحه، و قال معناه اذا استحل و لم يقبل التحريم، و رواه الحاكم في المستدرك و قال صحيح على شرط مسلم و لم يخرجاه و عن معاوية رضي الله تعالى عنه اخرج حديثه الجماعة(٣) الا النسائي عن ابي صالح عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه. الحديث. و عن ابن عمر رضي الله عنهما اخرج حديثه ابوداود(٤) قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم نحوه و قال في الخامسة ان شربها فاقتلوه، و عن قبيصة بن ذؤيب رضي الله تعالى عنه اخرج حديثه ابوداود عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من شرب الخمر فاجلدوه، فان عاد فاجلدوه، فان عاد فاجلدوه فان عاد في الثالثة او الرابعة فاقتلوه، فاتي برجل قد شرب فجلده، ثم اتي به فجلده، ثم اتى به فجلده ثم اتي به فجلده و رفع القتل فكانت رخصة و قبيصة في صحبته خلاف و عن جابر رضي الله تعالى عنه اخرج حديثه الترمذي(٥) مرفوعا

---

(١) هذا الحديث الخ راجع لتحقيق المبحث الحديثي والفقهي فتح القدير ص٧٧ ج٥ و نصب الراية ص٣٤٦ ج٣ باب حد الشرب و اوجز المسالك باب ما جاء في الحد في الخمر ص٨٧ ج٦ و اعلاء السنن باب حد الشرب ص٦٧٦ ج١١ و قال الزيلعي رحمه الله تعالى روى من حديث ابي هريرة رضي الله تعالى عنه و من حديث معاوية و من حديث ابن عمر و من حديث قبيصة و من حديث جابر و من حديث الشريد و من حديث الخدري و من حديث عبدالله بن عمرو و من حديث جرير و من حديث ابن مسعود و من حديث شرحبيل و من حديث غطيف رضي الله تعالى عنهم ثم سرد تلك الاحاديث مع الاسانيد مفصلا و مبسوطاً. (٢) اصحاب السنن الا الترمذي ابوداود - الحدود - باب اذا تتابع في شرب الخمر ص٢٦٨ ج٢ و النسائي كتاب الاشربة ذكر الروايات المغلظات في شرب الخمر ص٣٢٩ ج٢ و ابن ماجة باب من شرب الخمر مرارا ص١٨٨ و ابن حبان في صحيحه في النوع الرابع و الخمسين من القسم الثاني و الحاكم في المستدرك في الحدود ص٣٧١ ج٤. (٣) الجماعة ابوداود ص٢٦٨ ج٢ و الترمذي باب ما جاء من شرب الخمر فاجلدوه ص١٧٤ ج١ و ابن ماجة ص١٨٨. (٤) ابوداود ص٢٦٨ ج٢ و النسائي ص٣٢٩ ج٢. (٥) الترمذي ص١٧٤ ج١ و في نصب الراية ص٣٤٧ ج٣ و حديث جابر رضي الله تعالى عنه اخرجه النسائي في سننه الكبرى و البزار في مسنده.

فان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى يحد، و كذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى يحد، فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق، غير انه مقدر بالزمان عنده اعتباراً بحد الزنا، و هذا لان التاخير يتحقق بمضي الزمان و الرائحة قد تكون من غيره كما قيل شعر

يقولون لي انكه شربت مدامة   فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا

من شرب الخمر فاجلدوه... الى آخره. و عن عبد الله بن عمرو رضي الله تعالى عنه اخرج حديثه الحاكم(١) في المستدرك مرفوعا نحوه و عن جرير رضي الله تعالى عنه اخرج حديثه الحاكم(٢) ايضا مرفوعاً عنه و عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه اخرج حديثه الطبراني في معجمه (فان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى يحد) و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى (و كذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى يحد، فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق، غير انه مقدر بالزمان عنده) اي عند محمد رحمه الله تعالى (اعتباراً بحد الزنا) فقدر بشهر، لان ما دونه قريب (و هذا) يعني تقدير الزمان (لان التاخير يتحقق بمضي الزمان) و لابد من تقدير زمان، اما ان ذلك بستة اشهر او شهر واحد فيعلم(٣) في موضع آخر (و الرائحة قد تكون من غيره) اي من غير شرب الخمر (كما قيل شعر

يقولون لي انكه شربت مدامة   فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا)

يروى هذا البيت بكلمة قد شربت، و هي رواية المطرزي في المغرب، و بدونها و هي رواية الفقهاء، فعلى الاول تسقط همزة الوصل من انكه في اللفظة، و عن الثاني تحرك بالكسر بضرورة الشعر، و لاتسقط. و يجوز تحريك همزة الوصل في الحشو و الانصاف. قوله انكه بكسر الهمزة و سكون النون و فتح الكاف و سكون الهاء، هو امر من نكه ينكه يامره بان ينكه ليعلم انه شارب هو او غير شارب و اصله من النكهة و هي ريح الفم، و نكهته اذا شممت فيه قال الجوهري(٤) و

---

(١) الحاكم في المستدرك في الحدود ص٣٧٢ ج٤ و قال الهيثمي في مجمع الزوائد ص٢٧٨ ج٦ و رواه الطبراني من طرق و رجال هذا الطريق رجال الصحيح كذا في حاشية الزيلعي ص٣٤٨ ج٣. (٢) الحاكم في الحدود ص٣٧١ ج٤. (٣) فيعلم - و قد مر بيان التقادم في ابتداء باب الشهادة على الزنا و الرجوع عنها. (٤) الجوهري في الصحاح مادة نكه ص٢٢٥٤ ج٦ و في المغرب استنكهت الشارب و نكهته تشممت نكهته (بفتح النون و =>

و عندهما يقدر بزوال الرائحة، لقول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه فيه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه،

استنكهت الرجل فنكه في وجهي ينكه (من باب ضرب) و ينكه (من باب فتح) نكها اذا امرته بان ينكه لتعلم اشارب هو ام غير شارب و كلامه يدل على انه ياتي من باب منع يمنع، و من باب ضرب، و هو يتعدي و لا يتعدى، والمدامة اسم من اسماء الخمر. و قال الاترازي و المدامة بمعنى المدام، و هو الخمر قلت لايحتاج ان يقال بمعنى الخمر، لان كليهما من اسماء الخمر (و عندهما) اي و عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى (يقدر) اي التقادم (بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه فيه، فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه) هذا(١) عن عبدالله بن مسعود رضي الله تعالى عنه غريب بهذا اللفظ. و روى عبد الرزاق(٢) في مصنفه جاء رجل بابن اخ له سكران الى عبدالله بن مسعود رضي الله تعالى عنه فقال عبدالله ترتروه و مزمزوه و استنكهوه ففعلوا فرفعه الى السجن ثم عاد به من الغد و دعا بسوط ثم امر بثمرته فدقت بين حجرين حتى صارت درة، ثم قال للجلاد اجلد و ارفع يدك و اعط كل عضو حقه قوله ترتروه امر من الترترة بتاءين مثناتين من فوق، و هي التحريك، و كذلك مزمزوه امر من المزمزة بزاءين معجمتين قال صاحب المغرب(٣) الترترة و التلتلة و المزمزة التحريك الشديد. قوله استنكهوه،

==> سكون الكاف) اي ريح فمه و نكه الشارب في وجهي ايضا اذا تنفس يتعدى و لايتعدى و هو من باب منع و ينشد: يقولون لي انكه قد شربت مدامة الخ و في لسان العرب النكهة ريح الفم نكه له و عليه ينكه (بكسر الكاف) و ينكه (بفتح الكاف) نكها (بفتح الكاف و سكون النون) تنفس على انفه و نكهه (بفتح الكاف) و نكهه (بكسر الكاف) و استنكهه شم رائحة فمه (ثم قال) و نكه هو ينكه (بكسر الكاف) و ينكه (بفتح الكاف) اخرج نفسه الى انفي و نكهته (بكسر الكاف) شممت ريحه و استنكهت الرجل فنكه في وجهي ينكه (بكسر الكاف) و ينكه نكها اذا امره بان ينكهه (بفتح الكاف) ليعلم اشارب هو ام غير شارب قال ابن برى شاهده قول الاقيشر (بضم الهمزة و فتح القاف و سكون الياء و كسر الشين)

يقولون لي انكه قد شربت مدامة فقلت لهم - لا بل اكلت سفرجلا

و في حديث شارب الخمر استنكهوه اي شموا نكهته و رائحة فمه هل شرب الخمر ام لا انتهى قوله شربت بصيغة الخطاب مدامة بفتح الميم و كذا المدام الخمر. (١) هذا الخ كذا في نصب الراية ص٣٤٩ ج٣ و فتح القدير ص٧٨ ج٥. (٢) عبد الرزاق ص........ و البيهقي في سننه باب من وجد منه ريح شراب ص٣١٨ ج٨ و مصنف ابن ابي شيبة ما جاء في السكران متى يضرب الخ ص٣٧ ج١٠ و الطبراني في معجمه و اسحاق بن راهويه في مسنده كذا في نصب الراية ص٣٤٩ ج٣. (٣) المغرب مادة ترتر ص١٠٣ و كذا في النهاية لابن الاثير ص١٨٦ ج١ و في لسان العرب ص٩١ج٤ و في حديث ابن مسعود رضي الله تعالى عنه في الرجل الذي ظن انه شرب =>

و لان قيام الاثر من اقوى دلالة على الشرب(١) و انما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتميز بين الروائح ممكن للمستدل و انما يشتبه على الجهال و اما الاقرار فالتقادم لايبطله عند محمد رحمه لله تعالى كما في حد الزنا على ما مر تقريره،

امر من الاستنكاه، و هو طلب النكهة، و هي رائحة الفم و قد مر الكلام فيه آنفاً، و قال ابوعبيد(٢) رحمه الله تعالى انكر بعض اهل العلم هذا الحديث، لان الاصل في الحدود اذا جاء صاحبها مقراً بها الرد و الاعراض، و عدم الاستماع احتيالا للدرء كما فعل رسول الله صلى الله حتى أقر ما[عز] رضي الله تعالى عنه فكيف يامر ابن مسعود رضي الله تعالى بالتثلثة و الترترة و الاستنكاه، حتى يظهر سكره فلو صح فتاويله انه جاء رجل مولع بالشراب مدمن، فاستجازه كذلك انتهى، قلت ليس في حديث ابن مسعود رضي الله عنه انه اتى به، و هو مقر حتى يضعف هذا بذاك و انما أتى به و هو سكران، فقال ترتروه الى آخره ليعلم انه سكران أم لا (و لان قيام الاثر) اي أثر الخمر (من أقوى دلالة على القرب) اي على قرب العهد (و انما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره) اي اعتبار الاثر (و التمييز بين الروائح ممكن للمستدل) هذا جواب عن قوله و الرائحة قد تكون من غيره (و انما يشتبه) اي الاثر (على الجهال) بضم الجيم و تشديد الهاء جمع جاهل، و اراد بالجهال الذين لايميزون الروائح (و اما الاقرار فالتقادم لايبطله عند محمد رحمه الله تعالى كما في حد الزنا على ما مر(٣) تقريره) ان الانسان لايكون متهما

=> الخمر فقال ترتروه و مزمزوه اي حركوه ليستنكه هل يوجد منه ريح الخمر أم لا قال ابوعمرو هو ان يحرك و يزعزع و يستنكه حتى وجد منه الريح ليعلم ما شرب و هي الترترة (من باب دحرج) و المزمزة و التلتلة و في رواية تلتلوه و معنى الكل التحريك. (١) الشرب - ن - القرب. (٢) قال ابوعبيد رحمه الله تعالى و نحوه في فتح القدير ص٧٨ ج٥ و اعلم ان ما يتعلق بالموضوع ما في البخاري فضائل القرآن باب القراء من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ٧٤٨ ج٢ عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه انه قرأ سورة يوسف فقال رجل ما هكذا انزلت فقال عبدالله و الله لقرأتها على رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال احسنت فبينا هو يكلمه اذ وجد منه رائحة الخمر فقال اتشرب الخمر و تكذب بالكتاب فضربه الحد و ما اخرج الدارقطني في الحدود ص١٦٧ ج٣ بسند صحيح عن السائب بن يزيد عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه انه ضرب رجلا وجد منه ريح الخمر و لفظ الدارقطني في كتاب الاشربة ص٢٦١ ج٤ عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه انه جلد رجلا وجد منه ريح شراب - الحد تاما - و كذا في نصب الراية مع هامشه ص٣٤٩ ج٣. (٣) ما مر تقريره اي في اوائل باب الشهادة على الزنا و الرجوع عنها.

و عندهما لايقام الحد الا عند قيام الرائحة، لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم، و لا اجماع الا برأي ابن مسعود رضي الله تعالى عنه و قد شرط قيام الرائحة على ما روينا

بالنسبة الى نفسه (و عندهما) اي عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى (لايقام الحد الا عند قيام الرائحة، لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم و لا اجماع الا برأي ابن مسعود رضي الله تعالى عنه و قد شرط) اي ابن مسعود رضي الله تعالى عنه (قيام الرائحة على ما روينا) يعني قوله فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه. و قال الاكمل(١) رحمه الله فيه نظر، لان الاجماع انعقد على ثبوت خد الشرب باتفاق ابن مسعود رضي الله تعالى عنه و لكن لا دليل على ان الشرط الذي شرطه ابن مسعود رضي الله تعالى و هو قيام الرائحة اجمع عليه الباقون، و ايضا كلام ابن مسعود رضي الله تعالى عنه شرطية، و الشرطية تفيد الوجود عند الوجود لا غير و جواب الامام فخر الاسلام بان العدم عند العدم ليس من مفهوم الشرط، بل من انتفاء المجمع عليه مدفوع بما ذكرنا اولاً. و ايضا ذكر في اول الباب انه ثابت بقوله عليه الصلوة و السلام من شرب الخمر فاجلدوه، و قال ههنا انه ثابت باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم و هما متنافيان و ايضا اشتراط الرائحة مناف لاطلاق قوله عليه الصلوة و السلام من شرب الخمر فاجلدوه انتهى كلامه قلت قوله و لكن لا دليل على مجرد النفي، و هو لاينافي اجتماع الدليل قوله تفيد الوجود عند الوجود لا غير، يعني لايوجب العدم عند عدمه فعلى هذا يجب الحد عند وجود الرائحة، و لا ينعدم عند عدمه قلت عدم الحكم عند عدم الرائحة لا باعتبار ان عدم

---

(١) الاكمل رحمه الله تعالى في العناية ص٧٩ ج٥ و في فتح القدير ص٧٩ ج٥ و لا اجماع الا برأي ابن مسعود رضي الله تعالى عنه و قد شرط قيام الرائحة على ما روينا بمعنى انه لم يقل بالحد الا اذا كان مع الرائحة فيبقى انتفائه في غيرها بالاصل لا مضافا الى لفظ الشرط و اما اضافة ثبوته الى الاجماع بعد قوله و الاصل فيه قوله عليه الصلوة و السلام الخ فقيل لانه من الآحاد و بمثله لايثبت الحد و الاجماع قطعي و لايخفى ان هذا مذهب الكرخي فاما قول الجصاص رحمه الله تعالى و هو قول ابي يوسف رحمه الله تعالى فيثبت الحد بالآحاد بعد الصحة و قطعية الدلالة و هو المرجع الخ و في حاشية الجلبي على العناية ص٧٩ ج٥ قوله و لكن لادليل على ان الشرط الذي شرطه ابن مسعود رضي الله تعالى عنه اقول شرط ابن مسعود رضي الله تعالى عنه قيام الرائحة و لم ينقل عن غيره خلافه فحل محل الاجماع و قوله و ايضا ذكر في اول الباب الخ اقول ذكره في اول الباب ليس الا لكونه سند الاجماع الذي يثبت به الحد لا لكونه مما يثبت به الحد ابتداء فانه لما تمكنت فيه الشبهة بالتخصيص لم يجز ايجاب الحد به و قوله و الاصل فيه لايبعد ان يكون منبها على ما ذكرنا فليتنبه.

فان اخذه الشهود و ريحها يوجد منه او هو سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به حد في قولهم جميعاً لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا و الشاهد لايتهم به في مثله، و من سكر من النبيذ حد

الشرط اوجب عدم الحكم، بل لعدم الاجماع على الحد على ذلك التقدير لان اجماعهم لايصح بدون رأى ابن مسعود رضي الله عنه، و هو لم ير الحد عند انقطاع الرائحة فان قلت(١) ان لم يوجد الاجماع فقد وجد النص، و هو قوله عليه الصلوة و السلام من شرب الخمر فاجلدوه، و ليس فيه اشتراط الرائحة. قلت قد خص منه الشرب اضطراراً او اكراهاً، فتمكنت الشبهة، فلايصح ايجاب الحد به قوله و هما متنافيين، قلت الحديث من قبيل الآحاد و بمثله لايثبت الحد، و الاجماع حجة قطعية فيثبت به (فان اخذه الشهود و ريحها يوجد منه او هو سكران(٢) فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام، فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به) بهذا السكران، اي انقطع ريح الخمر قبل ان ينتهوا بهذ السكران الى الامام (حد في قولهم) اي قول ائمتنا الثلاثة رحمهم الله تعالى (جميعاً) يعني بلا خلاف بينهم لان زوال الرائحة بالعذر لايضر، و في المحيط كما لو زالت الرائحة بالمعالجة، و الاصل(٣) فيه ان قوماً شهدوا عند عثمان رضي الله عنه على عقبة رحمة الله تعالى بشرب الخمر، و هو كان بالكوفة، فحمله عثمان رضي الله تعالى عنه الى المدينة و اقام عليه الحد (لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا، و الشاهد لايتهم به في مثله) يعني في صورة زوال الرائحة بالعذر (و من سكر من النبيذ حد) النبيذ على وزن فعيل بمعنى مفعول، و هو الذي يعمل من الاشربة من التمر و الزبيب و العسل و الحنطة و الشعير و الذرة و الارز، و نحو ذلك من نبذت التمر اذا القيت عليه الماء ليخرج حلاوته اليه و سواء كان مسكراً او غير مسكر، و يقال للمعتصر من العنب كما يقال للنبيذ خمر و ما يتخذ(٤) من الزبيب شيئان نقيع و نبيذ، فالنقيع ان ينقع الزبيب في الماء و يترك اياماً لتخرج حلاوته الى الماء، ثم يطبخ ادنى طبخة، فمادام حلواً يحل شربه، و اذا غلا و اشتد و قذف بالزبد يحرم و اما النبيذ فهو الذي من ماء الزبيب اذا طبخ ادنى طبخ يحل شربه مادام حلواً و اذا غلا و اشتد و قذف بالزبد على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قول ابي يوسف رحمه الله تعالى الآخر يحل شربه مادون السكر. و عند محمد و الشافعي رحمهما الله تعالى لايحل و ما يتخذ من التمر ثلاثة السكر و الفضيخ و النبيذ، فالنبيذ هو ماء التمر اذا طبخ ادنى طبخ يحل شربه في قولهم مادام حلواً و اذا غلا و

---

(١) فان قلت الخ كذا في الكفاية ص٧٩ ج٥. (٢) سكران من غيرها و ريح ذالك الشراب يوجد منه فتح القدير. (٣) و الاصل الخ كذا في فتح القدير ص٧٩ ج٥. (٤) و ما يتخذ من الزبيب الخ كذا في العناية.

لما روي ان عمر رضي الله تعالى عنه اقام الحد على اعرابي سكر من النبيذ و سنبين الكلام في حد السكر و مقدار حده المستحق عليه ان شاء الله تعالى. و لا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها، لان الرائحة

أشتد و قذف بالزبد، عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى يحل شربه للتداوي و التقوى الا القدح المسكر و قال محمد و الشافعي رحمهما الله تعالى لايحل. و انما قال و من سكر من النبيذ قيد بالسكر فيه، لانه شرط بخلاف الخمر فانه يجب الحد بشرب قطرة منها بدون السكر بالاجماع، و الحد في غير الخمر لايجب الا بالسكر، و به قال النخعي و ابووائل رحمهما الله تعالى و قال مالك(١) و الشافعي و احمد و الاوزاعي و الحسن و قتادة و عمر بن عبد العزيز رحمهم الله تعالى يحد في قليله و كثيره كالخمر و السكر ليس بشرط اذا كان هو مسكراً (لما روى ان عمر رضي الله تعالى عنه اقام الحد على اعرابي سكر من النبيذ) هذا اخرجه الدارقطني(٢) في سننه عن سعيد بن ذي لعوة ان اعرابياً شرب من اداوة عمر رضي الله تعالى عنه نبيذاً فسكر فضربه الحد. قال الدارقطني هذا لايثبت، و رواه العقيلي في كتابه و زاد فيه فقال الاعرابي انما شربته من ادواتك فقال عمر انما جلدتك على السكر، و اعله بسعيد بن ذي لعوة و استند تضعيفه عن البخاري و قال في التنقيح قال ابن المدى سعيد هذا مجهول فان قلت قوله حد غير معلوم ما هو من حيث الكمية. قلت و عد بيانه بقوله (و سنبين الكلام في حد السكر و مقدار حده المستحق عليه ان شاء الله تعالى) و يأتي بيانه في هذا الباب عن قريب (و لا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها)(٣) أي تقيأ الخمر (لان الرائحة) قال الاترازي(٤) يرد على تعليله هذا اشكال لانه قال قبل هذا و التمييز بين الروائح ممكن للمستدل فقطع الاحتمال و هنا العكس ثم قال و تكلف بعضهم في توجيه ذلك. فقال الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال و التمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء و قال ايضا او التمييز ممكن لمن عاين الشرب و الاحتمال لمن لم يعاينه، و فيه نظر، لان من عاين الشرب بنى الامر على عيان و يقين لا على استدلال و تخمين و صاحب الهداية اثبت التمييز في صورة الاستدلال لا في صورة

---

(١) و قال مالك رحمه الله تعالى الخ راجع فتح القدير ص٨٠ ج٥ و اوجز المسالك ما جاء في الحد في الخمر ص٨٧ ج٦ و مابعده و المغني ص٣٢٦ ج١٠ و مابعده. و تكملة المجموع باب حد الخمر ص١١٢ ج٢٠ و مابعده و شرح معاني الآثار كتاب الاشربة ص٢٩٦ ج٢ و مابعده. (٢) الدارقطني كتاب الاشربة ص٢٦٠ ج٤ و التفصيل في نصب الراية ص٣٥ ج٣. (٣) تقيأها يعني اذا لم يشاهد منه الشرب. العناية. (٤) قال الاترازي الخ و نحوه في الفتح و العناية.

محتملة، و كذا الشرب قد يقع عن اكراه و اضطرار فلايحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ و شربه طوعاً، لان السكر من المباح لايوجب الحد كالبنج و لبن الرماك، و كذا شرب المكره لايوجب الحد و لايحد حتى يزول عنه السكر تحصيلاً لمقصود الانزجار،

العيان، فقد وقع. اذن كلام هذا الشارح عن كلامه فرسخا انتهى. قلت اراد بقوله و تكلف بعضهم الكاكي فانه كذا ذكره في شرحه و الاكمل ايضا(١) اخذ كلامه هذا، و ذكره في شرحه و ذكر الجوابين و استحسن الجواب الثاني. و قال في وجه حسنه لاشتماله على تفسير المستدل، فانه يدل على ان المستدل هو من معه دليل، و هو معاينة الشرب، و الجاهل هو من ليس معه ذلك، ثم قال و يجوز ان يكون قوله لان الرائحة (محتملة) على مذهب محمد رحمه الله تعالى (و كذا الشرب قد يقع عن اكراه و اضطرار) على قولهما فلايلزم شيء و حديث عمر رضي الله تعالى عنه حجة ايضا فانه يحده بوجود الرائحة، و لايثبت بمثله الحد كالبنج و لبن الرماك، و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى و في النهاية و هو مخالف لما ذكر الامام المحبوبي في جامعه و عن ابي حنيفة(٢) رحمه الله تعالى ان من زال عقله بالبنج ان علم انه بنج حين اكل يقع طلاقه و عتاقه، و ان لم يعلم لايقع، ثم قال و المسكر من هذه الاشربة المتخذة من الحبوب كالحنطة و الشعير و الذرة و الشهد و العسل و الفرصاد و غيرها حرام بالاجماع، لان السكر من البنج حرام لانه ماكول غير مشروب، فمن المشروب اولى و بعض المشايخ قالوا في زماننا الفتوى على ما اذا سكر من البنج يقع طلاقه و يحد لشيوع هذا فيما بين الناس (فلايحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ و شربه طوعاً، لان السكر من المباح لايوجب الحد كالبنج و لبن الرماك) هذا مخالف لما ذكره المحبوبي من قوله، لان السكر من البنج حرام مع انه ماكول غير مشروب، و قد ذكرناه الآن بما فيه الكفاية. و قال الاكمل(٣) هذا ليس بصحيح، لان رواية المحبوبي تدل على ان السكر الحاصل من البنج حرام لا على ان البنج حرام. و كلام المصنف يدل على ان البنج مباح، و لاتنافي بينهما انتهى. قلت فيما قاله تقوية لمن يولع بالبنج، و فيه من الفساد ما لايخفى. و قال في اشربته الخاصة و شرب البنج للتداوي لا بأس. فان ذهب به عقله لم يحل، و ان سكر منه لم يحد عندهما خلافاً لمحمد رحمه الله تعالى قلت ينبغي اليوم ان يفتي بقول محمد رحمه الله تعالى قطعاً لمادة الفساد. (و كذا شرب المكره لايوجب الحد) لعدم اختياره (و لايحد حتى يزول عنه السكر تحصيلاً لمقصود الانزجار) لانه اذا حد في حال السكر لايحس بألم الحد، و يؤيده ما

---

(١) الاكمل في العناية ص٨٢ ج٥. (٢) وعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى الخ كذا في العناية و الكفاية. (٣) الاكمل في العناية ص٨٢ ج٥.

و حد الخمر و السكر في الحر ثمانون سوطاً لاجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم

روي عن عمر(١) رضي الله عنه انه يحبس سكران الى ان يصحو، فلما صحا حده و به قالت الائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (و حد الخمر و السكر(٢) في الحر ثمانون سوطاً) اي حد الخمر كيف ما شربها قليلاً كان او كثيرا بعد ان كان عن طوع سكر اه لم يسكر، و لو شرب قطرة و حد السكر بضم السين في غير الخمر ثمانون سوطاً، و الحد في الخمر غير موقوف على السكر بالاجماع، و في غيرها من المسكرات موقوف على السكر عندنا، خلافاً للائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى على ما يجيء في الاشربة ان شاء الله تعالى (لاجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم) اي على الثمانين، و روى البخاري(٣) في صحيحه عن حديث السائب بن يزيد رضي الله تعالى

(١) روى عن عمر رضي الله تعالى عنه الخ و نحوه في سنن البيهقي باب ما جاء في اقامة الحد في حال السكر الخ ص٣١٧ ج٨ و روى ابن ابي شيبة في مصنفه في باب ما جاء في السكران متى يضرب الخ ص٣٦ ج١٠ ان عليا رضي الله تعالى عنه اتى بالنجاشي سكران من الخمر في رمضان فتركه حتى صحا ثم ضربه ثمانين الحديث و روى نحوه عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه. (٢) و السكر من غير الخمر - فتح (٣) البخاري - الحدود - باب من امر بضرب الحد في البيت ص١٠٠٢ ج٢ و تفصيل الاحاديث و الآثار المتعلقة بالموضوع في نصب الراية ص٣٥١ ج٣ و فتح القدير ص٨٣ ج٥ و تلخيص الحبير كتاب حد شارب الخمر ص٧٥ ج٤ قال ابن الهمام رحمه الله تعالى في فتح القدير ص٨٣ و ص٨٤ ج٥ (قوله و حد الخمر و السكر) اي من غيرها (ثمانون سوطا) و هو قول مالك و احمد و في رواية عن احمد و هو قول الشافعي اربعون الا ان الامام لو رأى ان يجلده ثمانين جاز على الاصح و استدل المصنف على تعين الثمانين باجماع الصحابة روى البخاري من حديث السائب بن يزيد قال كنا نؤتي الشارب على عهد رسول الله صلى الله وسلم و امرة ابي بكر و صدرا من خلافة عمر فنقوم اليه بايدينا و نعالنا وارديتنا حتى كان آخر امرة عمر فجلد اربعين حتى اذا عتوا و فسقوا جلد ثمانين و اخرج مسلم عن انس بن مالك ان النبي صلى الله عليه وسلم جلد في الخمر بالجريد و النعال ثم جلد ابوبكر اربعين فلما كان عمر و دنا الناس من الريف و القرى قال ما ترون في جلد الخمر فقال عبدالرحمن بن عوف ارى ان نجعله ثمانين كاخف الحدود قال فجلد عمر ثمانين و في الموطا ان عمر استشار في الخمر يشربها الرجل فقال له علي بن ابي طالب رضي الله تعالى عنه نرى ان نجلده ثمانين فانه اذا شرب سكر و اذا سكر هذى و اذا هذى افترى و على المفتري ثمانون و عن مالك رواه الشافعي و لا مانع من كون كل من علي و عبد الرحمن بن عوف اشار بذلك فروى الحديث مرة مقتصرا على هذا و مرة على هذا و اخرج الحاكم في المستدرك عن ابن عباس ان الشرب كانوا يضربون على عهد رسول الله صلي الله عليه وسلم بالايدي و النعال و العصى حتى توفي فكان ابوبكر يجلدهم اربعين حتى توفى الى أن قال فقال عمر ماذا ترون فقال علي رضي الله تعالى عنه اذا شرب الخ و روى مسلم عن انس قال اتى النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر فضربه بجريدتين نحو الاربعين و فعله ابوبكر =>

يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر، ثم يجرد في المشهور من الرواية

عنه قال كنا نؤتي بالشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم و أمرة ابي بكر رضي الله عنه و صدراً من خلافة عمر رضي الله تعالى عنه فنقوم اليه بايدينا و نعالنا و ارديتنا حتى كان آخر امرة عمر رضي الله عنه، فجلد اربعين، حتى اذا عتوا و فسقوا جلد ثمانين و لاينكر ان عمر رضي الله تعالى عنه جلد ثمانين بحضرة اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينكر عليه احد منهم فحل محل الاجماع و بقولنا قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى في رواية و اختاره ابن المنذر رحمه الله تعالى و قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى في رواية اربعون فلو ضرب قريباً من ذلك باطراف الثياب و النعال، كفى على اصح الوجهين عنه، و لو رأى الامام ان يجلده ثمانين جاز على الاظهر (يفرق على بدنه) اي يفرق الثمانون على بدنه (كما في حد الزنا على ما مر) في فصل كيفية الحد (ثم يجرد في المشهور من الرواية) اي ثم يجرد المحدود عن ثيابه في

=> فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن بن عوف اخف الحدود ثمانون فامر به عمر فيمكن بجريدتين متعاقبتين بان انكسرت واحدة فاخذت أخرى و الافهى ثمانون و يكون مما رأى عليه الصلوة و السلام في ذلك الرجل و قول الراوي بعد ذلك فلما كان عمر استشار الخ لاينافي ذلك فان حاصله انه استشارهم فوقع اختيارهم على تقدير الثمانين التي انتهى اليها فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان قوله و فعله ابوبكر يبعده و الا لزم ان ابابكر جلد ثمانين و ما تقدم مما يفيد ان عمر هو الذي جلد الثمانين بخلاف ابي بكر و الله اعلم و قد اخرج البخاري و مسلم عن علي رضي الله تعالى عنه انه قال ما كنت اقيم على احد حدا فيموت فيه فاجد منه في نفسي الا صاحب الخمر فانه ان مات وديته لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه و المراد لم يسن فيه عددا معينا و الا فمعلوم قطعا انه امر بضربه فهذه الاحاديث تفيد انه لم يكن مقدرا في زمنه عليه الصلوة و السلام بعدد معين ثم قدره ابوبكر و عمر باربعين ثم اتفقوا على ثمانين و انما جاز لهم ان يجمعوا على تعينه و الحكم المعلوم منه عليه الصلوة و السلام عدم تعينه لعلمهم بانه عليه الصلوة و السلام انتهى الى هذه الغاية في ذلك الرجل لزيادة فساد فيه ثم رأوا اهل الزمان تغيروا الى نحوه او اكثر على ما تقدم من قول السائب حتي اذا عتوا و فسقوا و علموا ان الزمان كلما تاخر كان فساد اهله اكثر فكان ما اجمعوا عليه هو ما كان حكمه عليه الصلوة و السلام في امثالهم و اما ما روى من جلد على اربعين بعد عمر فلم يصح و ذلك ما في السنن من حديث معاوية بن حصين بن المنذر الرقاشي قال شهدت عثمان بن عفان رضي الله عنه و قد اتى بالوليد بن عقبة فشهد عليه حمران و رجل آخر فشهد انه رآه يشربها و شهد الآخر انه رآه يتقيؤها فقال عثمان انه لم يتقيأها حتى شربها فقال لعلي اقم عليه الحد فقال على للحسن اقم عليه الحد فقال ول حارها من تولى قارها فقال على لعبدالله بن جعفر اقم عليه الحد فاخذ السوط و جلده و على يعد الى ان بلغ اربعين قال حسبك جلد النبي صلي الله عليه وسلم اربعين و جلد ابوبكر اربعين و جلد عمر ثمانين و كل سنة و هذا احب الي.

و عن محمد رحمه الله تعالى انه لايجرد اظهاراً للتخفيف، لانه لم يرد به نص و وجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة، فلايعتبر ثانياً و ان كان عبداً فحده اربعون، لان الرق منصف على ما عرف و من اقر بشرب الخمر و السكر

جميع الحدود و التعزير الا الازار احترازاً عن كشف العورة الا حد القذف، فانه يضرب، و عليه ثيابه الا الحشو و الفرو فان ذلك ينزع و سيجيء بيانه في بابه ان شاء الله تعالى (و عن محمد رحمه الله تعالى انه لايجرد اظهاراً للتخفيف، لانه لم يرد به نص) اي لعدم ورود النص بذلك، و قال الاترازي رحمه الله تعالى و قال بعضهم في شرحه، اي نص قاطع فيه نظر، لانه لا حاجة الى التقييد بالقطع لانه لم يرد بالتجريد نص اصلا في كتب الحديث. قلت اراد بقوله قال بعضهم الكاكي فانه قال لم يثبت بالنص، لانه لم يرد به النص القاطع، كذا قيل، و هو ايضا نسبه الى غيره، و اما الاكمل(١) فانه قال لم يرد به اي بالحد نص قاطع او بالتجريد و بقول محمد رحمه الله تعالى قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى (و وجه المشهور) اي من الرواية (أنا اظهرنا التخفيف مرة) يعني من حيث العدد، حيث لم نجعله مائة كما في الزنا (فلايعتبر ثانياً) من حيث الصفة بترك التجريد(٢) و قال الاكمل فيه بحث من وجهين، الاول انه ليس لاحد المجتهدين التصرف في المقدرات الشرعية و الثاني ان الثمانين تغليظ لا تخفيف، لانه روي انهم ضربوا في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالاكمام و بالايدي و غير ذلك ثم جلد ابوبكر رضي الله تعالى عنه اربعين ثم جلد عمر رضي الله تعالى عنه اربعين، فالتقدير بعد ذلك بثمانين تغليظ لا تخفيف. و الجواب ان قوله انا اظهرنا التخفيف كلام عن لسان المجتهدين و التخفيف انما هو باعتبار ان الله تعالى جاز له ان يقدر حد الشرب مائة كحد الزنا، اذ هو الفاعل المختار، و حيث لم ينص على مقدار معين كان تخفيفاً منه، و لما جعله الصحابة رضي الله عنهم معتبرا بحد المفترين ظهر التخفيف فلم يقدروا بشيء و انما اظهروا التخفيف الذي كان ثابتاً بترك التنصيص، و اليه اشار بقوله اظهرنا التخفيف و لله در لطائفه (و ان كان) اي المحدود (عبداً فحده اربعون، لان الرق منصف على ما عرف) في فصل كيفية الحد و اقامته. و قال الاترازي على ما عرف، اي في اصول الفقه (و من اقر بشرب الخمر و السكر) بفتحتين هو نقيع التمر اذا غلا و لم يطبخ، كذا فسره الناطفي في الاجناس و قال في المغرب(٣) السكر عصير الرطب، و المراد هنا ما ذكر

---

(١) الاكمل رحمه الله تعالى في العناية ص٨٤ ج٥. (٢) بترك التجريد - بل يجرد - الكفاية. (٣) المغرب و لفظه و السكر بفتحتين عصير الرطب اذا اشتد و هو في الاصل مصدر سكر (باب سمع) سكرا (بضم السين و سكون الكاف) و سكرا (بالفتح و السكون و هو سكران بفتح السين و سكون الكاف) و هي سكرى (بالفتح =>

ثم رجع لم يحد لانه خالص حق اللّه تعالى و يثبت الشرب بشهادة شاهدين و يثبت بالاقرار مرة واحدة و عن ابي يوسف رحمه اللّه تعالى انه يشترط الاقرار مرتين

الناطفي، و انما خصه بالذكر مع ان حكم سائر الاشربة كذلك، حيث يصح رجوعه، لان السكر كان الغالب في بلادهم قال الاترازي(١) و لايروي السكر بضم السين، لان شرب السكر محال، اللهم الا اذا قيل انه معطوف على الشرب لا على الخمر، على ان معنى اقر بشرب الخمر او اقر بالسكر فذلك صحيح من حيث العربية، لكن السماع لم يقع الا على الاول و لكن الاقرار بالسكر لايخلو اما ان يكون بعد زوال السكر، او حال السكر، فالاول لايجوز للتقادم و الثاني ايضا لايجوز لان السكر لايحد باقراره و هي مسالة آخر الكتاب و رأيت في نسخة شيخي العلامة البرهاني رحمه اللّه بفتحتين. و كتب تحته بخط شيخي و كتب على الحاشية و الرواية الصحيحة في الكتب السكر بفتح السين. و يروى بضم السين ثم قال هكذا افادني شيخي رحمه اللّه تعالى (ثم رجع لم يحد، لانه خالص حق اللّه تعالى) لانه لا مكذب له في الرجوع و هو خالص حق اللّه تعالى فصار كالرجوع في الاقرار بالزنا (و يثبت الشرب بشهادة شاهدين، و يثبت بالاقرار مرة واحدة) و هذا قول ابي حنيفة و محمد رحمهما اللّه تعالى و عامة اهل العلم (و عن ابي يوسف رحمه اللّه تعالى) و هو قول زفر رحمه اللّه تعالى (انه يشترط الاقرار مرتين) في مجلسين اعتباراً لعدد

=> و السكون) كلاهما بغير تنوين و في لسان العرب و قال المفسرون في السكر الذي في التنزيل انه الخل و هذا شيء لايعرفه اهل اللغة و قال الفراء هو الخمر قبل ان يحرم و السكر (بفتحتين) الخمر نفسها و شراب يتخذ من التمر و الكثوث و الآس و هو محرم كتحريم الخمر و قال ابوعبيد السكر نقيع التمر الذي لم تمسه النار و كان ابراهيم والشعبي وابو رزين يقولون السكر خمر و روى عن ابن عمر رضي اللّه تعالى عنه انه قال السكر من التمر (ثم قال) و في الحديث حرمت الخمر بعينها و السكر من كل شراب - السكر بفتح السين و الكاف. الخمر المعتصر من العنب قال ابن الاثير هكذا رواه الاثبات و منهم من يرويه بضم السين و سكون الكاف يريد حالة السكران فيجعلون التحريم للسكر لا لنفس المسكر فيبيحون قليله الذي لايسكر و المشهور الاول انتهى مختصرا. (١) قال الاترازي رحمه اللّه تعالى الخ و في فتح القدير ص٨٥ ج٥ و لايصح ضم سينه لان اقراره بالسكر من غير الخمر اما في حال سكره فلايعتبر اقرار السكران كما سيأتي او بعده و لايعتبر للتقادم فلايوجد ما يصح الرجوع عنه. و في الكفاية او السكر في النهاية بفتحتين عصير الرطب اذا اشتد هو في الاصل مصدر سكر من الشراب سكرا و سكرا و في المستصفى في قوله و من اقر بشرب الخمر او السكر بفتحتين هو السماع و عصير الرطب اذا اشتد و لم يرد به هذا الخالص بل المراد به سائر المسكرات التي توجب الحد سوى الخمر و انما خصه لانه الغالب في بلادهم و جاز ان يراد به السكر و على التقديرين لابد من الاضمار فان بمجرد الاقرار بالسكر لايجب الحد مالم يقل انه سكر من الاشربة المحرمة و كذا بمجرد الاقرار بشرب السكر لايجب الحد ما لم يوجد السكر انتهى.

و هو نظير الاختلاف في السرقة و سنبينها هناك ان شاء اللّه تعالى. و لايقبل فيه شهادة النساء مع الرجال، لان فيها شبهة البدلية و تهمة الضلال و النسيان. و السكران الذي يحد هو الذي لايعقل منطقاً لا قليلاً و لا كثيراً، و لايعقل الرجل من المرأة

الاقرار بعدد الشهود (و هو نظير الاختلاف في السرقة، و سنبينها هناك ان شاء الله تعالى) اي سنبين(١) هذه المسالة في السرقة ان شاء اللّه تعالى (و لايقبل فيه) اي في حد الشرب (شهادة النساء مع الرجال) و لايعلم فيه خلاف (لان فيها) اي في شهادة النساء مع الرجال (شبهة البدلية و تهمة الضلال و النسيان) ذكر هذه الاشياء الثلاثة اشارة الى ما في قوله تعالى و استشهدوا شهيدين من رجالكم(٢) الى قوله فتذكر احداهما الاخرى من رجالكم اي من اهل ملتكم، اما شبهة البدلية فلان اللّه تعالى اثبت شهادتهن مع الرجال عند عدم محض الرجال و ما يكون عند عدم شيء آخر يكون كالبدل عنه كما في الوضوء و الماء قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية، لان شهادة النساء في المواضع التي جازت شهادتهن يجوز من غير ضرورة العجز عن اشهاد الرجال بخلاف سائر الابدال. و اما تهمة الضلال فلان اللّه تعالى قال ان تضل احداهما اي ان لاتصدق احداهما فتذكر احداهما الاخرى اي لا تهتدي احداهما للشهادة من ضل الطريق اذا لم يهتد اليه، فتذكرها الاخرى. و اما النسيان فيؤخذ من تذكير احداهما الاخرى. و في التفسير الضلال النسيان فالمعنى على هذا من اجل ان تضل احداهما الشهادة اي تنسى فتذكرها الاخرى، فعلى هذا يكون قوله و النسيان بالعطف على الضلال عطف تفسير، كذا قاله شيخي العلامة فاذا كان كذلك صارت البدلية و النسيان شبهة، فلم يسمع شهادتهن في باب الحدود لانها تندرئ بالشبهات كالشهادة على الشهادة لاتسمع في باب الحدود، يؤيده ما روي عن الزهري(٣) رحمه اللّه تعالى انه قال مضت السنة من لدن رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم و الخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في باب الحدود و القصاص (و السكران الذي يحد هو الذي لايعقل منطقاً) قال الجوهري(٤) المنطق الكلام و قد نطق نطقا و انطقه غيره (لا قليلاً و لا كثيراً) اي لا منطقاً قليلاً و لا منطقاً كثيراً (و لا يعقل الرجل من المرأة) و في الفوائد الظهيرية و لايعرف الارض من

---

(١) سنبين الخ و في الفتح سنبين هذه المسئلة في الشهادات.. (٢) رجالكم - البقرة - ٢٨٢. (٣) الزهري رحمه اللّه تعالى الخ سيأتي بيانه في اوائل كتاب الشهادة من الهداية ص١٥٤ ج٣ و التفصيل في نصب الراية ص٧٩ ج٤ و اثر الزهري رحمه اللّه تعالى رواه ابن ابي شيبة في كتاب الحدود - شهادة النساء في الحدود ص٥٨ ج١٠. (٤) الجوهري في الصحاح ص١٥٥٩ ج٤ و لفظه المنطق الكلام و قد نطق نطقا (باب ضرب) و انطقه غيره وناطقه و استنطقه اي كلمه الخ.

و قال العبد الضعيف هذا (١) عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا هو الذي يهذي و يختلط كلامه، لانه هو السكران في العرف، و اليه مال اكثر المشايخ رحمهم الله تعالى

السماء (قال العبد الضعيف) اي المصنف رحمه الله تعالى (و هذا) اي المذكور في حد السكران (عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) انما بين الخلاف بقوله لان المذكور اولاً من مسائل الجامع الصغير، و لم يذكر فيه الخلاف (و قالا) اي قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى (هو) اي السكران (الذي يهذي) بفتح الياء و سكون الهاء و كسر الذال المعجمة. قال الجوهري(٢) هذي في منطقه يهذي و يهذو هذواً و هذياناً قلت الهذيان كلام محيط مختلط من غير ان يفيد شيئاً (و يختلط كلامه) يصلح ان يكون تفسيراً مميزاً لقوله يهذي (لانه) اي لان الذي يهذي و يخلط كلامه (هو السكران في العرف) اي في عرف الناس و عادتهم، و به قال الشافعي و احمد و مالك و ابوثور رحمهم الله تعالى و ان كان نصف كلامه هذياناً و نصفه مستقيماً ليس بسكران (و اليه) اي الى قولهما (مال اكثر المشايخ رحمهم الله تعالى) كذا في المبسوط، و اختاره للفتوى و عن بشر(٣) بن الوليد رحمه الله تعالى سألت ابايوسف رحمه الله تعالى من السكران الذي عليه الحد، قال ان يستقرأ قل يا ايها الكافرون و لايقدر عليه فقلت له كيف عينت هذه السورة، و ربما اخطأ فيه الصاحي قال لان الله تعالى بين ان الذي عجز عن قراءة هذه السورة سكران، لان واحدا من الصحابة رضي الله تعالى عنهم صلى بالناس قبل تحريم الخمر و كان سكران، و قرأ هذه السورة بخلاف ما انزلت، فنزل قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا لاتقربوا الصلاة و أنتم سكارى(٤) فثبت انه اذا عجز عن قراءة هذه السورة عرف انه سكران، كذا ذكره الفقيه ابوالليث رحمه الله يدل عليه ما حدثه الترمذي رحمه الله تعالى في جامعه(٥) باسناده الى ابي

---

(١) هذا - ن - و هذا. (٢) الجوهري الخ و كذا في لسان العرب للعلامة جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري و فيه ايضا الهذيان (بفتحتين) كلام غير معقول مثل كلام المبرسم و المعتوه هذى يهذى (باب ضرب) هذيا و هذيانا (بفتح الهاء و الذال) تكلم بكلام غير معقول في مرض او غيره. (٣) عن بشر بن الوليد الخ كذا في الشروح الثلاثة. (٤) سكارى - النساء - ٤٣. (٥) الترمذي كتاب التفسير سورة النساء ص١٢٧ ج٢ و قال الترمذي حديث حسن غريب صحيح. و قال ابن الهمام في الفتح ص٨٦ ج٥ و لاشك ان المراد ممن يحفظ القرآن او كان حفظها فيما حفظ منه لا من لم يدر شيئا اصلا و لاينبغي ان يعول على هذا بل و لايعتبر به فانه طريق سماع تبديل كلام الله عزوجل فانه ليس كل سكران اذا قيل له اقرأ قل يا ايها الكافرون يقول لا احسنها الآن بل يندفع قارئا فيبدلها الى الكفر و لاينبغي ان يلزم احد بطريق ذكر ما هو كفر و ان لم يواخذ به نعم لو تعين طريقا لاقامة حكم الله تعالى لكن ليس كذلك فان معرفة السكران لاتتوقف عليه بل له طريق معلوم هي ما =>

و له انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها درءاً للحد، و نهاية السكران ان يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء و شيء و ما دون ذلك لايعرى عن شبهة الصحو، و المعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذاً بالاحتياط.

عبدالرحمن السلمي عن علي بن ابي طالب رضي الله تعالى عنه قال صنع لنا عبدالرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه طعاماً، فدعانا و سقانا من الخمر، فاخذت الخمر منا، و حضرت الصلاة فقدموني فقرأت قل يا ايها الكافرون لا اعبد ما تعبدون و نحن نعبد ما تعبدون فانزل الله عزوجل يا ايها الذين آمنوا لاتقربوا الصلاة و أنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون و قال الكاكي رحمه الله تعالى و حكي ان ائمة بلخ اتفقوا على استقراء هذه السورة ثم(١) ان بعض الشرطة اتى بسكران الى امير بلخ، فامر الامير ان يقرأ هذه السورة، فقال السكران له اقرأ انت سورة الفاتحة، فلما قال الامير الحمد لله، قال له السكران قف اخطأت من وجهين، احدهما انك ترك التعوذ عند افتتاح القراءة، و الثاني تركت التسمية و هي آية من اول الفاتحة عن بعض الائمة و القراء، فخجل الامير و جعل يضرب الشرطي و يقول له امرتك ان تأتيني بسكران فاتيتني بمقرئ بلخ (و له) اي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها درءاً للحد) اي دفعاً له، الا ترى ان في الزنا يعتبر المخالطة كالميل في المكحلة، و في السرقة يعتبر الاخذ من الحرز التام فكذا هنا اعتبر اقصى غايات السكر، و هو ان يبلغ مبلغ لايعرف الارض من السماء و الرجل من المرأة و اذا لم يبلغ هذا المبلغ في غير الخمر من سائر الاشربة المحرمة لايحد، لان السكر ناقص و في النقصان شبهة العدم، بخلاف الخمر حيث لم يشترط فيها السكر اصلاً لان حرمتها غليظة قطعية لا اجتهادية (و نهاية السكر ان يغلب السرور على العقل، فيسلبه التمييز بين شيء و شيء و ما دون(٢) ذلك لايعرى عن شبهة الصحو) يعني اذا كان يميز بين الاشياء عرفنا انه مستعمل لعقله مع ما به من السرور، فلايكون ذلك نهاية في السكر و في النقصان شبهة العدم، و الحدود تندرئ بالشبهات (و المعتبر في القدح المسكر) يعني في الاشربة المحرمة غير الخمر المعتبر في القدح الذي يحصل به السكر (في حق الحرمة ما قالاه) اي قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى هو الذي يهذي و يختلط كلامه حاصل الكلام المبلغ في السكر هو الذي قالاه، و اشار بقوله (بالاجماع) اى ان اباحنيفة وافقهما (اخذا بالاحتياط) فاعتبر في ايجاب الحد النهاية، اذ الاحتياط في الدرء و اعتبر في حق الشرب

=> ذكرنا انتهى. (١) ثم ان بعض الخ كذا في الكفاية ص٨٥ ج٥ و البحر ص٣١ ج٥. (٢) و ما دون ذلك الخ و قد تكلم عليه في فتح القدير فارجع اليه ان شئت.

و الشافعي رحمه الله تعالى يعتبر ظهور اثره في مشيته و حركاته و اطرافه و هذا مما يتفاوت، فلا معنى لاعتباره، و لايحد السكران باقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف القذف لان فيه حق العبد و السكران فيه كالصاحي(١) عقوبة عليه، كما في سائر تصرفاته و لو ارتد السكران لاتبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد، فلايتحقق مع السكر، و هذا قول ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و في ظاهر الرواية تكون ردة.

ما قالاه، لان الاحتياط فيه (و الشافعي رحمه الله تعالى يعتبر) يعني من السكر (ظهور اثره) اي اثر السكر (في مشيته) بكسر الميم (و حركاته و اطرافه) اي في يديه و رجليه. و قال الاترازي و صاحب الهداية قلد(٢) في هذا الكلام فخر الاسلام البزدوي قال في شرح الجامع الصغير اذا ظهر اثره في مشيته و اطرافه و حركاته فهو السكران. و لنا فيه نظر، لان الشافعي رحمه الله تعالى يوجب الحد في شرب النبيذ المسكر جنسه و ان قل و هو المذكور في كتبهم، و لايعتبر السكر اصلا (و هذا) اي الذي قال الشافعي رحمه الله تعالى (مما يتفاوت) لان كم من صاح يتمايل و يزلق في مشيته و كم من سكران ثابت في مشيته و لايتمايل (فلا معنى لاعتباره) اي لاعتبار ما قاله، لانه لا يكون دليلاً (و لايحد السكران باقراره على نفسه) يعني بالحدود الخالصة حقا لله تعالى، نحو حد الزنا و الشرب و السرقة (لزيادة احتمال الكذب في اقراره) لان الاقرار خبر يحتمل الكذب، فاذا صدر من سكران ازداد احتمال كذبه، فاذا كان كذلك (فيحتال لدرئه) لان الحدود يحتال لدرئها لا لاثباتها (لانه خالص حق الله تعالى) الا انه يضمن المسروق، لانه حق العبد (بخلاف حد القذف، لان فيه حق العبد) الا انه يحد حد القذف اذا صحا (و السكران فيه) اي في حق العبد (كالصاحي عقوبة عليه، كما في سائر تصرفاته) كالقصاص اقر على نفسه او بطلاق او بعتاق صح اقراره (و لو ارتد السكران لا تبين منه امرأته) في الاستحسان و في القياس تبين كذا في المبسوط (لان الكفر من باب الاعتقاد فلايتحقق) الاعتقاد (مع السكر، و هذا قول ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و في ظاهر الرواية تكون ردة) لان كلامه هذا هذيان لا اقرار له و الله اعلم بالصواب.

---

(١) كالصاحي الخ و في العناية ص٨٧ ج٥ كالصاحي عقوبة عليه باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم فانهم قالوا اذا سكر هذى و اذا هذى افترى و حد المفترين ثمانون فهذا اجماع منهم على وجوب حد القذف فاذا وجب عليه حد القذف حقا للعبد فكذالك سائر الحقوق كالقصاص وغيره انتهى. (٢) و صاحب الهداية قلد الخ كذا في الفتح ص٨٧ ج٥.

باب حد القذف

و اذا قذف الرجل رجلاً محصناً او امرأة محصنة بصريح الزنا و طالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطاً ان كان حراً، لقوله تعالى و الذين يرمون المحصنات الي ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة و المراد الرمي بالزنا بالاجماع،

(باب حد القذف)

اي هذا باب في بيان حكم حد القذف، و هو في اللغة الرمي و في اصطلاح الفقهاء نسبة من احصن الى الزنا صريحا او دلالة، فكان القاذف وضع حجر القذف في مقدمة لسانه و رمى المقذوف و القذف من الكبائر باجماع الائمة رحمهم الله تعالى، لقوله عليه الصلوة و السلام اجتنبوا الموبقات قيل ما هن يا رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الشرك بالله و السحر و قتل النفس التي حرمها الله و اكل الربا و اكل مال اليتيم، و التولي يوم الزحف و قذف المحصنات المؤمنات الغافلات متفق عليه(١) (و اذا قذف الرجل رجلاً محصناً او امرأة) اي او قذف امرأة (محصنة بصريح الزنا) بان قال للمحصن يا زاني، و المحصنة يا زانية، او قال يا ولد الزنا، او يا ابن الزنا، او لست لابيك و امه حرة مسلمة (و طالب المقذوف بالحد) اي طالب المقذوف القاذف عند الحاكم بان يحد حده الحاكم ثمانين سوطاً ان كان حراً) هذا مشتمل على قيود(٢) الاول: وجوب الحد بالقذف، سواء كان القاذف رجلاً او امرأة، الثاني ان يكون القاذف من اهل العقوبة، و الا فلا حد عليه كالصبي والمجنون، الثالث التقييد بصريح الزنا لان حد القذف لايجب بالكناية، حتى لو قال رجل لرجل يا زاني، فقال رجل آخر صدقت لم يحد المصدق، لانه ما صرح بنسبته الي الزنا بتصديقه اياه، الرابع ان يطالب المقذوف و الا فقد ترك حقه، فلا يستوفي الحد حينئذ. الخامس قيد بالحر، لان القاذف اذا كان عبداً فحده اربعون على ما يأتي، السادس تقييد الحد بثمانين في الحر، لان ذلك منصوص في الآية، السابع الشرط كون المقذوف محصنا على ما ياتي (لقوله تعالى و الذين يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة(٣) و المراد الرمي بالزنا بالاجماع) اي باجماع العلماء قال الاكمل(٤) رحمه الله تعالى ملخصا من كلام صاحب النهاية. و اعترض بان التقييد بصريح الزنا غير مفيد لتحققه بدونه بان قال لست لابيك و بان

---

(١) متفق عليه – البخاري – كتاب المحاربين باب رمي المحصنات ص١٠١٣ ج٢ و مسلم كتاب الايمان باب الكبائر ص٦٤ ج١ كلاهما عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه. (٢) على قيود الخ راجع لهذا الموضوع بدائع الصنائع للكاساني رحمه الله تعالى ص٤٠ ج٧ و مابعده. (٣) جلدة – النور – ٤. (٤) الاكمل في العناية ص٨٩ ج٥.

و في النص اشارة اليه و هو اشتراط اربعة من الشهداء اذ هو مختص بالزنا، و يشترط مطالبة المقذوف لان فيه حقه من حيث دفع العار و احصان المقذوف لما تلونا. قال و يفرق على اعضائه لما مر في حد الزنا، و لا يجرد من ثيابه، لان سببه غير مقطوع به، فلايقام على الشدة، بخلاف حد الزنا،

القياس ان لايجب المطالبة، لان حق الله فيه غالب، و المغلوب في مقابلته كالمستهلك و لئن وجبت فليست مطالبة المقذوف بلازمة، فان ابنه اذا طالبه حد و الجواب انه اذا قذفه بصريح الزنا و وجد الشرط وجب الحد لا محالة، فتلك قضية صادقة. و اما اذا قذفه بنفي النسب لايجب فليس بلازم لان التقييد به لاخراج ما كان منه بطريق الكتابة، مثل ان يقول يا زاني، فقال الآخر صدقت لا لاخراج ما ذكرتم و حق العبد و ان كان مغلوبا لكن يصلح اشتراط مطالبته احتيالاً للدرء، و ابن المقذوف انما يقدر على المطالبة لقيامه مقام المقذوف، و لهذا لم يكن له حق المطالبة الا اذا كان المقذوف ميتاً ليتحقق قيامه مقامه من كل وجه (و في النص اشارة اليه) اي الى الرمي بالزنا (و هو اشتراط اربعة من الشهداء) حيث قال فان لم يأتوا بالشهداء (اذ هو مختص بالزنا) الضمير في اذ هو يرجع الى اشتراط الاربعة، معناه ان الزنا هو المختص باربعة شهداء (و يشترط مطالبة المقذوف، لان فيه حقه من حيث دفع العار) صورة المطالبة ان يقول هذا قذفني و ان لي عليه حد القذف فانا اطالبه بذلك. و سأل تاج الشريعة رحمه الله تعالى بان الغلبة فيه لحق ابيه، فلايشترط الطلب. قلت الجواب قد مر آنفاً من كلام صاحب النهاية (و احصان المقذوف) اي يشترط احصان المقذوف (لما تلونا) اشارة الى قوله تعالى و الذين يرمون المحصنات (قال) اي القدوري رحمه الله تعالى في مختصره (و يفرق على اعضائه) اي يفرق الضرب على اعضاء القاذف (لما مر في حد الزنا) و هو قوله ان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف، و انما يفرق على الاعضاء ما خلا الوجه و الرأس و الفرج (و لايجرد من ثيابه) هذا ايضا لفظ القدوري (لان سببه) اي سبب الحد و هو القذف (غير مقطوع به) لاحتمال كون القاذف صادقاً في القذف في الواقع، و ان كان عاجزاً(١) عن اقامة البينة على ما قذف، لاشتراط امور في الشهادة على زنا المقذوف، قلما يتهيأ للشهود تحقيق ذلك عند القاضي فلما كان في القذف احتمال الصدق لم يجرد من ثيابه طلباً للخفة في اقامة الحد، و هو معنى قوله (فلايقام على الشدة، بخلاف حد الزنا) لان سببه مقطوع به لثبوته بالبينة او بالاقرار فيجرد الذي يقام عليه الحد، الا الازار توقياً

---

(١) و ان كان عاجزا الخ و في الكفاية و ان كان عاجزا عن اقامة البينة لان اثبات الزنا بالبينة على الوصف المشروط فيه لايكاد يحصل فلهذا خفف الخ و نحوه في العناية.

غير انه ينزع عنه الفرو و الحشو، لان ذلك يمنع ايصال الالم به، و ان كان القاذف عبدا جلد اربعين سوطاً لمكان الرق و الاحصان ان يكون المقذوف حراً عاقلاً بالغاً مسلماً عفيفاً عن فعل الزنا أما الحرية فلانه ينطلق عليه اسم الاحصان، قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحرائر. و العقل و البلوغ لان العار لايلحق بالصبي و المجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما.

عن كشف العورة، فيقام على الشدة، الا شارب الخمر فانه لايجرد (غير انه ينزع عنه الفرو و الحشو، لان ذلك) اي الفرو و الحشو (يمنع ايصال الالم به) اي بالمحدود (و ان كان القاذف عبداً جلد اربعين سوطاً لمكان الرق) و قد مر ان الرق منصف (و الاحصان)(١) شرع في بيان شروط الاحصان، و هي خمسة فبينها بقوله (أن يكون المقذوف حراً عاقلاً بالغاً مسلماً عفيفاً عن فعل الزنا) هذا باتفاق العلماء، الا ما روي عن داود الظاهري رحمه الله تعالى انه اوجب الحد على قاذف العبد. و عن ابن المسيب رحمه الله تعالى و ابن ابي ليلى رحمه الله تعالى يجب ان يحد بقذف الذمية التي لها ولد مسلم. و عن احمد رحمه الله تعالى في رواية لايشترط البلوغ، بل يشترط بحيث ان يكون يجامع. و في الاصح يشترط كالعامة قوله و الاحصان الى قوله عن فعل الزنا لفظ القدوري في مختصره و شرع المصنف في تبيين كل ذلك بدلالته فقال (و أما الحرية فلانه ينطلق عليه اسم الاحصان، قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب(٢) اي الحرائر) يعني ان الله تعالى، اراد بقوله فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب، الحرائر، لا الاماء فدل على ان الرقيق ليس بمحصن و قال تاج الشريعة، فان قلت قال الله عزوجل فاذا احصن و المراد منه الاماء. قلت الاحصان يذكر و يراد منه الحرائر فشرطنا الحرية احتيالاً للدرء. و قال الكاكي فان قيل(٣) المحصنات جاءت في القرآن باربع معان، احدها بمعنى العفائف. و الثاني بمعنى الحرائر و الثالث بمعنى الزوجات و المحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم و الرابع بمعنى الاسلام، قال الله تعالى فاذا احصن قال ابن مسعود رضي الله عنه احصانها اسلامها، فيمكن ان يكون العبد محصنا بجهة، و غير محصن بجهة، فكيف يلزم ان يكون الحرية شرط الاحصان في القذف. قلنا لما لم يكن العبد محصناً من وجه لم يدخل تحت الآية لقصوره فيه، و عليه اجمع الفقهاء. (و العقل و البلوغ، لان العار لايلحق الصبي و المجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما) اي من الصبي و المجنون، و بقولنا قال الشافعي(٣) و احمد و مالك

---

(١) و الاحصان الخ راجع المغني ص٢٠٢ ج١٠ و مابعده و الاوجز ص٤١ ج٦ و فتح القدير ص٩١ ج٥. (٢) من العذاب - النساء - ٢٥. (٣) فان قيل المحصنات الخ كذا في المغني و الفتح. (٣) قال الشافعي رحمه الله =>

و الاسلام لقوله عليه الصلوة و السلام من اشرك بالله فليس بمحصن و العفة لان غير العفيف لايلحقه العار و كذا القاذف صادق فيه. و من نفي نسب غيره و قال لست لابيك فانه يحد، و هذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه، لان النسب انما ينفى عن الزاني لا

رحمهم الله تعالى الا ان مالكاً قال في الصبية التي يجامع مثلها يحد قاذفها و ان لم تكن محصنة فان قلت(١) لو لم يتحقق فعل الزنا منهما، فينبغي ان يجب الحد على قاذف المجنون زنى حالة .. ونه، و لايحد و ان قذفه بعد افاقته. اجيب بان معنى قوله لعدم تحقق فعل الزنا منهما الزنا الذي ياثم صاحبه و لم يتحقق الزنا الموجب للاثم لعدم الخطاب. و اما الوطء الذي هو غير مملوك فقد تحقق منهما و بالنظر الى هذا كان القاذف صادقاً في قذفه، فلايجب الحد على القاذف، و لا على المقذوف كمن قذف رجلاً وطئ جاريته المشتركة بينه و بين غيره (و الاسلام) و اما شرط الاسلام (لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلي الله عليه وسلم (من اشرك بالله فليس بمحصن) هذا الحديث قد تقدم(٢) في حد الزنا، رواه اسحاق بن راهويه باسناده عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم و مر الكلام فيه هناك (و العفة) اي و اما اشتراط العفة عن فعل الزنا (لان غير العفيف لايلحقه العار) بالنسبة الى الزنا (و كذا القاذف صادق فيه) فلايحد (و من نفى(٣) نسب غيره و قال لست لابيك فانه يحد) لان معناه امك زانية او زنت فولدتك من الزنا. فلما كان في الحقيقة قذفاً للام يشترط ان يكون الام محصنة حتى يحد القاذف، و الا فلا، و هذا معنى قوله (و هذا) اي وجود الحد (اذا كانت امه حرة مسلمة، لانه في الحقيقة) اي في نفس الامر هذا (قذف لأمه، لان النسب انما ينفي عن الزاني لا

=> الخ و في فتح القدير ص٩١ ج٥ و اما العقل و البلوغ ففيه اجماع الا ما عن احمد رحمه الله تعالى ان الصبي الذي يجامع مثله محصن فيحد قاذفه و الاصح عنه كقول الناس و قول مالك رحمه الله تعالى في الصبية التي يجامع مثلها يحد قاذفها خصوصا اذا كانت مراهقة فان الحد بعلة الحاق العار و مثلها يلحقه و العامة يمنعون كون الصبي و المجنون يلحقهما عار بنسبتهما الى الزنا بل ربما يضحك من القائل لصبي او مجنون يا زاني اما لصحة قصده و اما لعدم خطابهما بالحرمات و لو فرض لحقوق عار لمراهق فليس الحاقا على الكمال فيندرئ و هذا اولى من تعليل المصنف رحمه الله تعالى بعدم تحقق فعل الزنا منهما لانه مؤول بان المراد بالزنا المؤثم و الا فهو يتحقق منهما اذ يتحقق منهما الوطئ في غير الملك لكن القذف انما يوجب الحد اذا كان بزنا يؤثم صاحبه انتهى. (١) فان قلت الخ كذا في العناية. (٢) تقدم في حد الزنا راجع البناية ص٣٥٦ ج٨. (٣) و من نفى نسب غيره الخ راجع الاوجز ص٤٧ ج٦ و المغني ص٢١٥ ج١٠.

عن غيره و من قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعي له يحد و لو قال في غير غضب لايحد، لان عند الغضب يراد به حقيقته سباً له، و في غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته اياه في اسباب المروءة.

عن غيره) تقريره(١) ان فرض المسألة فيما اذا كان ابوه و امه معروفين، و نسبه من الام ثابت بيقين و نفاه عن الاب المعروف فكان دليلا على انه زنى بامه، و في ذلك قذف لامه لا محالة. و قال الكاكي رحمه الله تعالى و في قوله هذا قذف لامه بالزنا فكانه قال امك زانية لانه متى لم يكن من غير ابيه ضرورة، و لا نكاح لغير ابيه، فكان في نفي نسبه عن ابيه نسبة امه الى الزنا ضرورة فان قيل(٢) جاز ان لايكون ثابت النسب من ابيه، و لايكون امه زانية بان كانت موطوءة بشبهة، قلنا اذا وطئت بشبهة كان الولد ثابت النسب من انسان، و انما لايكون ثابت النسب من الاب اذا كانت هي زانية فعرف انه بهذا اللفظ قاذف لامه، و به قال الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى الا ان مالكاً لايشترط كون امه و ابيه مسلمين حرين، بل يشترط نفي الاحصان و به قال احمد رحمه الله تعالى في رواية و في المبسوط وجود الحد هاهنا بطريق الاستحسان لا القياس، و في القياس لايجب و انما تركنا هذا القياس باثر ابن مسعود رضي الله تعالى عنه انه قال لا حد الا في قذف محصنة او نفي رجل عن ابيه فان قلت هذا كله اذا قال لست لابيك فاذا قال لست لامك ما حكمه. قلت لايحد، و به صرح في التحفة، لانه صدق لان النسب الى الآباء لا الى الامهات. و قال الاترازي يشترط في قوله لست ان يكون على سبيل الغضب، و ان كان في غير غضب فلاحد بدليل المسألة التي تلي هذه (و من قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعي له) و في بعض النسخ يدعي اليه (يحد، و لو قال في غير غضب لايحد، لان عند الغضب يراد به حقيقته سباً له) اي شتما له فيحد، لانه يصير قاذفاً لامه (و في غيره) اي في غير غضب (يراد به المعاتبة بنفي مشابهته اياه) و في بعض النسخ اباه بالباء الموحدة (في اسباب المروءة) منها الاخلاق الجميلة، و حسن المعاشرة مع الاصحاب و اظهار الكرم و السخا فان قيل ما الفرق(٣) بين هذه و بين قوله في حالة الغضب او غيرها لست بابن فلان و لا ابن فلانة، و هي

---

(١) تقريره الخ كذا في العناية. (٢) فان قيل جاز الخ كذا في الكفاية و في المغني لابن قدامة رحمه الله تعالى ص٢١٥ ج١٠ و عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه انه قال لاجلد الا في اثنين رجل قذف محصنة او نفى رجلا عن ابيه و هذا لايقوله الا توقيفا الخ و في فتح القدير لابن همام رحمه الله تعالى ص٩٣ ج٥ و ذكر في المبسوط ان في الاولى الحد استحسانا باثر ابن مسعود رضي الله تعالى عنه و هو ما ذكره الحاكم في الكافي من قول محمد رحمه الله تعالى بلغنا عن عبدالله بن مسعود رضي الله تعالى عنه انه قال لا حد الا في قذف محصنة او نفي رجل عن ابيه ثم حملوا الاثر على النفي حالة الغضب الخ. (٣) ما الفرق الخ كذا في العناية ص٩٢ ج٥.

و لو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد، لانه صادق في كلامه، و لو نسبه الى جده لايحد ايضاً لانه قد ينسب اليه مجازاً. و لو قال له يا ابن الزانية و امه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف، لانه قذف محصنة بعد موتها، و لايطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه، و هو الوالد و الولد، لان العار يلتحق به لمكان الجزئية، فيكون القذف متناولاً له معنى.

امه التي يدعي لها حيث لايكون قذفاً، مع ان القذف يراد بهذا اللفظ. اجيب بان قوله و لا بابن فلانة نفى عن امه و انما ينتفي عنها بانتفاء الولادة فكان نفياً للولادة و نفي الولادة نفي للوطء، و نفي الوطء نفي الزنا، بخلاف ما اذا لم يقل ذالك يعني و لا ابن فلانة لانه نفي عن الوالد و ولادة الولد ثابتة من امه، فصار كانه قال انت ولد الزنا، كذا في الذخيرة (و لو قال لست بان فلان يعني جده) يعني اراد به جده لا اباه (لم يحد، لانه صادق في كلامه) لانه في الحقيقة ابن ابيه لا جده (و لو نسبه الى جده لايحد ايضا لانه قد ينسب اليه مجازاً) قال الله تعالى يا بني آدم و لمالك رحمه الله تعالى في الحد روايتان، الا ان يتهم جده بامه او اراد المشاتمة يجب الحد رواية واحدة (و لو قال له يا ابن الزانية و امه) اي و الحال ان امه (ميتة محصنة، فطالب الابن بحده حد القاذف، لانه قذف محصنة بعد موتها) و الموت لايزيل الاحصان بل يؤكده، و انما قيد بكون الام محصنة، لان الحد لايجب على قاذف غير المحصن، لان الله تعالى شرط الاحصان في الآية ثم الاحصان يثبت باقرار القاذف او بالبينة على المقذوف، و البينة رجلان او رجل و امرأتان عندنا خلافاً لزفر رحمه الله تعالى فانه يشترط رجلين، فان انكر القاذف و عجز المقذوف عن البينة لايستحلف القاذف، فالقول قوله، لان الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق، فلايثبت احصانها بالظاهر، و انما كانت المطالبة بالحد الى الابن، لان القذف بعد الموت الحق الشين بالابن، فكان حق المطالبة له لدفع العار عن نفسه (و لا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح) اي الطعن (في نسبه بقذفه، و هو الوالد و الولد) و قال الفقيه ابوالليث رحمه الله تعالى يعني الوالد و الجد و ان علا، و ولد الولد و ان سفل، لان الجد يسمى ابا و ولد الولد يسمى ابنا، و ليس للاخ و الاخت و العم بان ياخذوا بالحد (لان العار يلتحق به) اي بكل واحد من الوالد و الولد (لمكان الجزئية فيكون القذف متناولاً له معنى) اي من حيث المعنى ورد(١) بان التعليل بالجزئية غير صحيح لتخلف الحكم عنها اذا كان المقذوف حيا غائباً

---

(١) ورد الخ كذا في العناية.

و عن الشافعي رحمه الله تعالى يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على ما نبين، و عندنا ولاية المطالبة ليس بطريق الارث، بل لما ذكرناه، و لهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل، و يثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافاً لمحمد رحمه الله تعالى و يثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر رحمه الله تعالى و اذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر و العبد ان يطالب بالحد خلافاً لزفر رحمه الله تعالى

فانه ليس لاحد ان يأخذ بحده اذ ذاك. و اجيب بان الاصل في الباب هو القذف لا محالة وغيره ممن بينه و بينه جزئية يقوم مقامه، و انما يقوم الشيء مقام غيره اذا وقع اليأس عن الاصل، و انما يقع اليأس بموته فلايقوم غيره مقامه قبل موته (و عند الشافعي رحمه الله تعالى يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده) اي عند الشافعي رحمه الله تعالى (على ما نبين) اي عند قوله و من قذف غيره و مات المقذوف بطل الحد. و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايبطل، و به قال(١) مالك و احمد و للشافعية رحمهم الله تعالى فيمن يرثه ثلاثة اوجه احدها انه يرثه جميع الورثة، و الثاني غير من يرث بالزوجية و الثالث يرثه ذكور العصبات دون غيرهم (و عندنا ولاية المطالبة ليست بطريق الارث بل لما ذكرناه) و هو لحوق العار (و لهذا) اي و لاجل ولاية المطالبة للحوق العار (يثبت) اي المطالبة (عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل، و يثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافاً لمحمد رحمه الله) فانه روي عنه ان حق المطالبة لايثبت لولد البت لانه منسوب الى ابيه لا الى امه، فلايلحقه الشين بزنا ابى امه، الا ترى انه لايدخل ولد البنت في الوقف على اولاده و اولاد اولاده. و في الواقعات و الفتوى على قول محمد رحمه الله تعالى و في ظاهر الرواية النسب يثبت من الجانبين و يصير الولد به كريم الطرفين، فكان القذف متناولا له، اما الوقف فهو ممنوع على رواية الخصاف رحمه الله تعالى فالوقف في معنى الوصية التي هي اخت الميراث و الولد فيه ينسب الى الاب دون الام، الا ترى انه لايحجب عن النصف و الزوجة عن الربع و يحجبهما ولد الابن فكذلك الحكم في الوقف (و يثبت) اي المطالبة (لولد الولد حال قيام الولد خلافاً لزفر رحمه الله) فانه(٢) يقول ليس لولد الولد حال قيام الولد ان يخاصم لان الشين الذي يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد، و اعتبر هذا بطلب الكفاءة فانه لا خصومة فيه للابعد مع بقاء الاقرب، و نحن نقول حق الخصومة باعتبار ما لحقه من الشين بنسبته اليه، و ذلك موجود في حق ولد الولد كوجوده في حق الولد فايهما خاصم يقام الحد لخصومته،

---

(١) و به قال مالك رحمه الله تعالى الخ كذا في الفتح ص٩٤ ج٥. (٢) فانه يقول الخ كذا في العناية و نحوه في الكفاية و الفتح.

و اذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر و العبد ان يطالب بالحد خلافاً لزفر رحمه الله تعالى هو يقول القذف يتناوله معنىً لرجوع العار اليه و ليس طريقه الارث عندنا، فصار كما اذا كان متناولاً له صورة و معنى و لنا انه عيره بقذف محصن فيأخذ بالحد و هذا لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييراً على الكمال، ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده، و الكفر لاينافي اهلية الاستحقاق،

بخلاف المقذوف فان حق الخوصمة له باعتبار تناول القاذف من عرضه مقصوداً و ذلك لايوجد في حق ولده، بخلاف الكفاءة فان طلبها انما يثبت للاقرب لقوله صلى الله عليه وسلم الانكاح(١) الى العصبات و في الحكم المرتب على العصوبة يقدم الاقرب على الابعد (و اذا كان المقذوف محصناً جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد) هذا لفظ القدوري في مختصره، و هذا اذا كان المقذوف ميتاً، لانه اذا كان حياً ليس للابن ان يطالب بالحد و ان كان المقذوف غائباً و انما لم يقيده القدوري رحمه الله تعالى بالميت لانه ساق كلامه في قذف الميت قبل هذا حيث ذكر و لايطالب بحد القذف للميت، الا من يقع القدح في نسبه (خلافاً لزفر رحمه الله تعالى) فانه يقول ليس له ان يطالب بالحد (هو) اي زفر رحمه الله تعالى (يقول القذف يتناوله) اي الابن (معنى) اي من حيث المعنى لا من حيث الصورة (لرجوع العار اليه، و ليس طريقه الارث عندنا) لان حد القذف لايورث (فصار كما اذا كان متناولاً له) اي للابن او العبد (صورة و معنى) في رجوع العار اليه بان قذفه انسان بالزنا ابتداء لايجب الحد، لعدم الاحصان لكفره او رقه، فكذا هذا، حاصله(٢) لو كان متناولاً له صورة و معنى فان قذفه انسان كما ذكرنا لم يجب عليه الحد لعدم احصان المقذوف فكذا هذا اذا تناوله معنى قيل قوله و ليس طريقه الارث غير مفيد له في هذا المقام، لانه لو كان طريقه الارث ايضا لم يكن له ان يخاصم، لان المانع عن الارث موجود، و هو الكفر او الرق، و قيل تحرير كلامه ان الحد اما ان يجب في هذه الصورة على القاذف لقذفه(٣) امه او لقذف نفس هذا الابن الكافر لايجوز ان يكون لاجل امه، لان الحد لايورث و لا ان يكون لاجل نفسه، لانه ليس بمحصن (و لنا انه) اي ان القاذف (عيره) بالعين المهملة، اي رماه بالعار، يعني القاذف غير الابن الكافر او العبد (بقذف محصن) و هذا ظاهر، لان فرض المسألة فيه (فياخذه بالحد) لان كل من عير بقذف محصن جاز ان يؤخذ بحده (و هذا) ايضاح لما قبله (لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييراً على الكمال، ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده) فجاز له ان ياخذ بالحد (و الكفر لاينافي اهلية الاستحقاق) قال تاج الشريعة رحمه الله تعالى و لهذا يستحق

---

(١) الانكاح الى العصبات – لم افز بادراك ماخذه لقصور علمي و جهلي. (٢) حاصله الخ كذا في العناية ص٩٥ ج٥. (٣) لقذفه امه اي لقذف القاذف ام المقذوف – العناية.

بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه، لانه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا، و ليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة، و لا للابن ان يطالب اباه بقذف امه الحرة المسلمة لان المولى لايعاقب بسبب عبده، و كذا الاب بسبب ابنه، و لهذا لايقاد الوالد بولده و لا السيد بعبده،

الحقوق الراجعة الى المعاملات كالديون و نحوها. و قال الاكمل(١) فان قيل جاز ان يكون المانع موجودا، فلايثبت الحكم على المقتضي فاجاب بقوله و الكفر لاينافي اهل الاستحقاق اي استحقاق اهلية الخصومة، لان استحقاقها باعتبار لحوق الشين، و ذلك موجود في الولد الكافر و المملوك، لان النسبة لاتنقطع بالرق و الكفر (بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا) لان شرط وجود الحد الاحصان و لم يوجد (و ليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة) هذا لفظ القدوري رحمه الله تعالى صورته(٢) قذف عبده وللعبد ام ميتة محصنة (و لا للابن) اي وليس للابن ايضا (ان يطالب اباه بقذف امه الحرة المسلمة) و في الايضاح و لا جده و ان علا، و لا امه و ان علت و به قال الشافعي و احمد و مالك رحمهم الله تعالى في رواية و قال مالك رحمه الله تعالى في المشهور للابن ان يطالب اباه بقذف امه قاله ابوثور و ابن المنذر رحمهما الله تعالى (لان المولى لايعاقب بسبب عبده) اي في سائر الحقوق و لهذا اذا قتله لايقتل به، فكذا لايحد بعبده (و كذا الاب) اي و كذا لايعاقب الاب (بسبب ابنه) لان الولد مامور بتعظيم الابوين و ممنوع عن اضرارهما و لهذا نهى عن التافيف و الضرر في الحد اكثر من ضرر التافيف، فيمنع عنه كما يمنع من التافيف (و لهذا) اي و لعدم جواز معاقبة الوالد لاجل ولده (لايقاد الوالد بولده) اي اذا قتله لايقتص لاجله، و هذا لفظ الحديث قد روي عن النبي صلي الله عليه وسلم لايقاد والد بولده (و لا السيد بعبده) رواه الترمذي(٣) و ابن ماجة عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم و

---

(١) الاكمل رحمه الله تعالى في العناية ص٩٦ ج٥. (٢) صورته و في الفتح و ليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة اي التي قذفها في حال موتها و لا للابن ان يطالب اباه و ان علا بقذف امه الحرة المسلمة التي قذفها في حال موتها بان قال رجل لعبده يا ابن الزانية و امه ميتة حرة او قال لابنه او لابن ابنه وان سفل بعد وفاة امه يا ابن الزانية و هو قول الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى و رواية عن مالك رحمه الله تعالى و المشهور عنه ان للابن ان يطالب اباه بقذف امه و هو قول ابي ثور و ابن المنذر الخ. (٣) الترمذي - الديات - باب ما جاء في الرجل ابنه ايقاد منه ام لا؟ ص١٦٨ ج١ و ابن ماجة الديات باب لايقتل الوالد بولده ص١٩٥ و سياتي بيان هذا الحديث مفصلا في كتاب الجنايات ان شاء الله و قد ذكر الزيلعي رحمه الله تعالى هذا الحديث في نصب =>

و لو كان لها ابن من غيره له ان يطالب لتحقق السبب و انعدام المانع. و من قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد. و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايبطل، و لو مات بعدما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا، خلافاً له بناء على انه يورث عنده، و عندنا لايورث، و لا خلاف ان فيه حق الشرع و حق العبد، فانه

لفظه لايقاد الوالد بالولد انتهى و اخرج الحاكم في المستدرك(١) عنه في حديث طويل، و لفظه لو لم اسمع رسول الله صلي الله عليه وسلم يقول لايقاد مملوك من مالك، و لا ولد من والده لاقدتها منك ... الحديث في قصة جارية مع سيدها و لا السيد، اي و لايقاد سيد بعبده اذا قتله ليس في الحديث، و لا سيد بعبده، و قد بيناه (و لو كان لها ابن من غيره) اي من غير القاذف، صورته ما قال الحاكم في الكافي رجل قال لابنه يا ابن الزانية و امه ميتة، و لها ابن من غيره فجاء يطلب الحد (له(٢) ان يطالب) بالحد (لتحقق السبب) اي سبب وجود الحد و هو القذف (و انعدام المانع) اي و لاجل انعدام المانع، لان المانع عن اقامة الحد في حق الابن و لم يوجد في حق اخيه و هو الابوة فيجب الحد اذا طالبه (و من قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد. و قال الشافعي رحمه الله تعالى لايبطل) الحد بموت المقذوف (و لو مات) اي المقذوف (بعد ما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافاً له) اي للشافعي رحمه الله تعالى (بناء على انه يورث عنده) اي بني هذا الخلاف بناء على ان حد القذف يورث عند الشافعي رحمه الله تعالى (و عندنا لايورث، و لا خلاف ان فيه) اي في حد القذف (حق الشرع و حق العبد) و هذا لا خلاف فيه، اما كونه حق الشرع فمن حيث ان نفعه يقع عاماً باخلاء العالم عن الفساد، لانه ليس ثمة آدمي يختص به، و اما كونه حق العبد فلان فيه صيانة العرض و دفع العار عن المقذوف ثم حق الله تعالى لايجري فيه الارث و لايجري فيه التداخل و لايسقط باسقاط العبد و حق العبد يجري فيه الارث، و لايجري فيه التداخل و يسقط باسقاطه، و قد اشار المصنف الى هذا بقوله (فانه) اي

=> الراية ص٣٣٩ ج٤ كتاب الجنايات حيث قال روى من حديث عمر بن الخطاب و ابن عباس و سراقه بن مالك و عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده رضي الله عنهم ثم سرد اسانيد تلك الاحاديث بالبسط حسب دابه. (١) المستدرك الخ كذا في نصب الراية ص٣٣٩ ج٤. (٢) له ان يطالب الخ باجماع الائمة الاربعة رحمهم الله تعالى لان لكل منهما حق الخصومة و ظهر في حق احدهما مانع دون الآخر فيعمل المقتضي عمله في الآخر و لذا لو كان جماعة يستحقون المطالبة فعفا احدهم كان للآخر المطالبة به بخلاف عفو احد مستحق القصاص يمنع استيفاء الآخر لان القصاص حق واحد للميت موروث للوارثين فباسقاط احدهما بالعفو لايتصور بقاؤه لان القتل الواحد لايتصور تجزيه اما هنا فالحق في الحد لله تعالى و لكل ولاية المطالبة به فلايبطل باسقاط احدهما - فتح القدير.

شرع لدفع العار عن المقذوف، و هو الذي ينتفع به على الخصوص، فمن هذا الوجه حق العبد، ثم انه شرع زاجراً، و منه سمي حداً و المقصود (١) من شرع الزاجر اخلاء العالم عن الفساد، و هذا آية حق الشرع، و بكل ذلك تشهد الاحكام و اذا تعارضت الجهتان فالشافعي رحمه الله تعالى مال الى تغليب حق العبد تقديماً لحق العبد باعتبار حاجته و غناء الشرع، و نحن صرنا الى

فان حد القذف (شرع لدفع العار عن المقذوف، و هو الذي ينتفع به على الخصوص، فمن هذا الوجه) قال تاج الشريعة رحمه الله تعالى اي من هذين الوجهين و هو قوله فانه شرع لدفع العار عن المقذوف، و قوله الذي ينتفع به على الخصوص فقد سمى الوجهين وجهاً، و ذكر في الجامع الصغير الوجهين في (حق العبد) لان هذا يرجع اليه لا الى الشرع (ثم انه) اي ان حد القذف (شرع) حال كونه (زاجراً) لانه يزجر المقذوف (و منه) اي و من كونه شرع زاجراً (سمي حداً) و قد مضى الكلام في معنى الحد في اول كتاب الحدود. و قال تاج الشريعة تسميته حداً يدل على انه حق الله لان ما يجب لله تعالى يسمى حداً كما في حد السرقة، و حد الزنا و حد الشرب و ما يجب للعبد لايسمى حداً بل سمي قصاصاً و تعزيراً (و المقصد) اي المقصود (من شرع الزاجر اخلاء العالم عن الفساد) اذ لولا الزواجر لفسدت احوال الناس (و هذا آية حق الشرع) اي و هذا المذكور علامة حق الشرع (و بكل ذلك) اي و بكل ما ذكر من حق الشرع و حق العبد (تشهد الاحكام) اما الاحكام(٢) التي تشهد على ان حد القذف حق العبد، فاشتراط الدعوى و عدم بطلانه بالتقادم، و انه يجب على المستأمن و لايعمل فيه الرجوع عن الاقرار و يقيمها القاضي بعلم نفسه و اما الاحكام التي تشهد على انه حق الله تعالى ان الاقامة للامام و التنصيف بالرق و انه لاينقلب مالا عند سقوطه (و اذا تعارضت الجهتان) اي جهة حق الشرع، و جهة حق العبد (فالشافعي رحمه الله تعالى مال الى تغليب حق العبد) قال ابن دريد يقال غلب الرجل على فلان اذا حكم له بالغلب (تقديماً لحق العبد) اي لاجل تقديم حق العبد (باعتبار حاجته و غناء الشرع) فرعاية حق العبد اولى لدفع حاجته و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى (و نحن صرنا الى

---

(١) و المقصود – ن – و المقصد. (٢) اما الاحكام الخ كذا في العناية و الكفاية و نبذ منه في الفتح. و لفظ الكفاية فما يدل على انه حق العبد انه لايسقط بالتقادم و يقيمه القاضي بعلم نفسه و لايصح الرجوع عنه بعد الاقرار و يقام على المستامن في دار الاسلام و تشترط فيه الخصومة و يقدم استيفاؤه على حد الزنا والسرقة و لايبطل مع الرجم و ممايدل على انه حق الله تعالى انه لايباح باباحة العبد و لايحلف القاذف فيه و لاينقلب مالا عند سقوطه و يتنصف بالرق انتهى و راجع لهذا المبحث المبسوط للسرخسي رحمه الله تعالى باب الشهادة في =>

تغليب حق الشرع، لان ما للعبد من الحق يتولاه مولاه، فيصير حق العبد مرعياً به، و لا كذلك عكسه، لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع الا نيابة، و هذا هو الاصل المشهور الذي يتخرج عليه الفروع المختلف فيها، منها الارث اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع، و منها العفو، فانه لايصح عفو المقذوف عندنا و يصح عنده، و منها انه لايجوز الاعتياض عنه، و يجري فيه التداخل و عنده لايجري. و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى في العفو مثل قول الشافعي رحمه الله تعالى

تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولاه مولاه) يعني صرنا الى تغليب حق الشرع لان فيه تعظيم حق الله تعالى مع كون حق العبد مرعياً لان مولى العبد له ان يستوفي ما للعبد على الناس دون العكس، و انما يرجح حق العبد في مواضع يلزم من اعتبار حق الله تعالى اهدار حق العبد لانتهاء وفاء لحق الله تعالى، لان الله غني و العبد محتاج، و هاهنا ان ترك الرعاية في حق الوارث من وجه لكن فيه رعاية حق القاذف من حيث السقوط بموت المقذوف، فاذا ثبت هذا الاصل فنقول انه لايورث لان الارث لايجري فيما هو من حقوق الله تعالى، لانه من خلافه الوارث المورث بعد موته، و الله تعالى يتعالى عن ذلك فان قلت(١) حق الله تعالى ايضا لايسقط بموت المقذوف. قلت نحن لا نقول بالسقوط، و لكن تعذر استيفائه لانعدام شرطه، فالشرط خصومة المقذوف، و لا يتحقق فيه الخصومة بعد الموت (فيصير حق العبد مرعياً به) اي بحق الشرع كما قررناه الآن (و لا كذلك عكسه) و هو ان يكون ما للمولى من الحق يتولاه عبده (لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع الا نيابة) و لا نيابة هاهنا (و هذا) اي كون حق العبد غالباً عند الشافعي رحمه الله تعالى حق الله تعالى عندنا (هو الاصل المشهور الذي يتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها) اي من الفروع المختلف فيها (الارث) اي في حد القذف فعند الشافعي رحمه الله تعالى يجري فيه الارث، و عندنا لايورث (اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع، و منها العفو، فانه لايصح عفو المقذوف عندنا و يصح عنده و منها انه لايجوز الاعتياض عنه) اي اخذ العوض عن حد القذف، و به قال مالك رحمه الله تعالى و عنده يجوز و هو قول احمد(٢) رحمه الله تعالى (و يجري فيه التداخل)(٣) عندنا (و عنده) اي و عند الشافعي رحمه الله تعالى (لايجري) التداخل بقذف الجماعة بكلمة واحدة او بقذف واحد مراراً (و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى في العفو مثل قول الشافعي رحمه الله تعالى) اي روي

=> القذف ص١٠٩ ج٩. (١) فان قلت الخ كذا في العناية ص٩٧ ج٥. (٢) و هو قول احمد رحمه الله تعالى كذا في الفتح. (٣) التداخل الخ راجع لهذا المبحث المغني ص٢٣١ ج١٠ و تكملة المجموع ص٦٧ ج٢٠.

و من اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد و خرج الاحكام و الاول اظهر و من اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه، لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع، بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له فيه و من قال للعربي يا نبطي لم يحد

عن ابي يوسف رحمه الله تعالى في عفو المقذوف مثل قول الشافعي رحمه الله تعالى في انه يصح، و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى (و من اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد) اراد من اصحابنا صدر الاسلام اباليسر فانه ذكر في مبسوطه ان الغالب فيه حق العبد كما قال الشافعي رحمه الله تعالى (و خرج الاحكام) عطفا على قوله من قال، اي اجاب(١) عن الاحكام التي تدل على انه حق الله تعالى بجواب يوافق المذهب فقال في تفويض الامام ان كل واحد لايهتدي الى اقامة الحد، و قال في عدم الارث ان عدمه لايستوجب كونه حق الله تعالى كالشفعة و خيار الشرط، لان الارث يجري في الاعيان. و اجاب عن كون القصاص يورث بانه في معنى ملك العين لانه يملك اتلاف العين و ملك الاتلاف ملك العين عند الناس فان الانسان لايملك شراء الطعام الا للاتلاف، و هو الاكل فصار من عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص، و هو باق فيملكه الوارث في حق استيفاء القصاص (و الاول اظهر) اي كون حق الله مغلباً اظهر من كون حق العبد مغلباً و على الاول عامة المشايخ و قال ابوبكر الرازي رحمه الله تعالى في شرحه لمختصر الطحاوي اطلق محمد رحمه الله تعالى في بعض المواضع ان حد القذف من حقوق الناس، و اطلق في بعضها انه من حقوق الله تعالى و العبارتان صحيحتان اما قوله انه من حقوق الناس فانما اراد ان المطالبة من حقه لما لحقه من الشين بقذفه، و تناوله من عرضه، و لو لم يطالب لم يحد. و قوله انه من حقوق الله تعالى اراد به نفس الحد لا المطالبة لانه ليس يمتنع ان يكون الحق لواحد، و المطالبة لواحد كالوكيل بالبيع يطالب، و ملك الثمن للآمر، و كذلك المشتري اذا كان وكيلاً فان قبض العبد اليه و الملك للآمر (و من اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه، لان للمقذوف فيه حقاً فيكذبه في الرجوع) لانه من الاحكام التي يشهد بكونه حق العبد، و لايصح الرجوع فيه بعد الاقرار لوجود المكذب و هو العبد (بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى) منه حد الزنا و الشرب و السرقة (لانه لا مكذب له فيه) فيقبل رجوعه، الا ان في السرقة يسقط القطع و يجب المال (و من قال للعربي يا نبطي لم يحد) النبطي نسبة الى نبط بفتحتين، و هم قوم ينزلون سواد العراق قال الفرزدق في هجو طيء

نبط في اهل حوران يصفهم ... و من اهل عين التمر كانت سطوتها

---

(١) اجاب الخ كذا في العناية.

لانه يراد به التشبيه في الاخلاق او عدم الفصاحة، و كذا اذا قال لست بعربي لما قلنا. و من قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف، لانه يراد به التشبيه في الجود و السماحة

و قال الفقيه ابوالليث النبطي رجل من غير العرب، و ذكر عبد الله بن احمد المالقي في تفسير المقالة الثالثة من كتاب و يستقر ريدوس و بلاد الجرانية هي بلاد النبط و هي الرأي و الموصل و الجزيرة فيما وصفه بعض المؤرخين (لانه يراد به التشبيه في الاخلاق) من حيث الخساسة و البخل (او عدم الفصاحة) اي او يراد به عدم الفصاحة، فكانه قال في عدم الفصاحة مثل النبطي (و كذا) اي و كذا لايحد (اذا قال) لعربي (لست بعربي لما قلنا) اشار به الى قوله يراد به التشبيه الى آخره و كذا اذا قال لست من قبيلة فلان التي هو فيها لايحد و قال مالك و ابن ابي ليلى و احمد رحمهم الله تعالى في رواية حد و الشافعي رحمه الله تعالى في قول اذا نوى الشتم يحد لما روي انه عليه الصلوة و السلام كان يقول(١) لا اوتى برجل يقول ان كنانة ليست من قريش الا جلدته، و لانه لما نفاه عن قبيلته صار كنفيه عن الجد الاعلى. و قلنا و الشافعي رحمه الله تعالى في قول و احمد رحمه الله تعالى في اصح الرواية عنه لايجب، لانه(٢) قد يراد به التشبيه في الاخلاق او التشبيه في الجهل و اللكنة يعني عدم الفصاحة لا النفي عن الاب عادة كمن قال لمصري يا قروي و في المبسوط الا ترى انه لو قال انت شامي او كوفي و لايريد بشيء من ذلك القذف، و لايحد و مذهبنا مروي عن ابن عباس رضي الله تعالى(٣) فانه سئل عن رجل قال لقرشي يا نبطي، فقال لا حد عليه، و اما الحديث فشاذ و يمكن ان يكون قال ذلك بطريق التعزير، لانه قال الا جلدته و ما قال الا احده و عن مالك رحمه الله تعالى(٤) اذا قال لعربي يا رومي، او قال لفارسي يا رومي او لرومي يا فارسي، او يقول يا ابن الخياط لم يكن في بابه من بهذه الصفة ففي جميع ذلك يحد لدفع العار (و من قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف) هذا لفظ القدوري في مختصره و علل المصنف رحمه الله تعالى بقوله (لانه يراد به التشبيه في الجود و السماحة) لان ماء السماء لايبخل بل يصب السهل و الجبل، و سمى النعمان بن المنذر به و كانت

---

(١) كان يقول الحديث كذا في المغني ص٢١٥ ج١٠ و الاوجز ص٤٧ ج٦ و لكني ما وجدت ماخذه بالسند مع تصفح بليغ. (٢) لانه قد يراد به التشبيه الخ كذا في الكفاية ص٩٩ ج٥ و المبسوط للسرخسي ص١٢٣ ج٩. (٣) عن ابن عباس رضي الله تعالي عنه الخ كذا في العناية ص٩٩ ج٥ و المبسوط للسرخسي ص١٢٣ ج٩ و راجع لهذا المبحث مصنف ابن ابي شيبة ص١٣٠ ج١٠ كتاب الحدود في الرجل ينفي الرجل من فخذه الخ و مصنف عبد الرزاق باب الفرية على ام الولد ص٤٤٠ ج٧ و المحلى لابن حزم ص٣٢٢ ج١١ و اوجز المسالك باب ما جاء في القذف و النفي الخ ص٤٧ ج٦. (٤) مالك رحمه الله تعالى كذا في الفتح ص٩٩ ج٥.

و الصفاء، لان ماء السماء لقب به لصفائه و سخائه و ان نسبه الى عمه او خاله او الى زوج امه فليس بقاذف، لان

ام المنذر يقال لها ماء السماء لحسنها، و اشهر المنذر بامه فقيل له المنذر بن ماء السماء، ثم سمي به النعمان لجوده و سخائه (و الصفاء، لان ماء السماء لقب به لصفائه و سخائه) اي لقب بهذا اللفظ لاجل صفائه و سخائه، و لم يذكر من هو الملقب به، و قد ذكرنا ان النعمان بن المنذر لقب به، و لقب به ايضا المزيقياء و هو لقب عمرو بن عامر قاله الاكمل(١) قلت عمرو بن عامر بن حارثة بن العطريف بن امرئ القيس بن ثعلبة بن مازن بن الازد و ماء السماء لقب عامر والد عمرو المذكور و مزيقياء لقب عمرو لقب به لانه كان يلبس كل يوم حلتين ثم يمزقهما لانه كان يكره ان يعود فيهما، و يكره ان يلبسهما غيره و مزيقياء بضم الميم و فتح الزاي و سكون الياء آخر الحروف و كسر القاف بعدها ياء أخرى مخففة ممدودة، و انما سمي ابوعامر بماء السماء لانه في القحط اقام ماله مقام القطر، و كان غياثاً لقومه مثل ماء السماء للارض، و كانت ام المنذر بن امرئ القيس ايضا تسمى بماء السماء لجمالها و حسنها و ابوها عوف بن جشم (و ان نسبه الى عمه) اي و ان نسب رجل رجلا الى عمه، يعني قال انت ابن فلان و اراد عمه (او خاله) او نسبه الى خاله (او الى زوج امه) اي او نسبه الى زوج امه (فليس بقاذف) اي لايجب عليه بشيء (لان

---

(١) الاكمل في العناية ص٩٩ ج٥ و لفظه ماء السماء هو لقب ابي المزيقياء (بضم الميم و سكون الياء و كسر القاف ثم الياء ثم الالف ثم الهمزة كذا في الصحاح للجوهري) و المزيقياء هو عمرو بن عامر لقب بالمزيقياء لانه كان يمزق في كل يوم حلتين يلبسهما و يكره ان يعود فيهما و يانف ان يلبسهما غيره و ابوه عامر بن حارثة الازدي كان يلقب بماء السماء لانه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر عطاء وجودا انتهى و نحوه في الكفاية و زاد فيه و ام المنذر بن امرئ القيس فكانت تسمى ماء السماء لجمالها و حسنها و قيل لولدها بنو ماء السماء و هم ملوك العراق انتهى و في الصحاح للجوهري ص٢٢٥١ ج٦ مادة موه و ماء السماء لقب عامر بن حارثة الازدي و هو ابوعمرو مزيقياء الذي خرج من اليمن لما احس بسيل العرم فسمى بذالك لانه كان اذا اجدب قومه مانهم حتى يأتيهم الخصب فقالوا هو ماء السماء لانه خلف منه و قيل لولده بنو ماء السماء و هم ملوك الشام قال بعض الانصار

انا ابن مزيقياء عمرو و جدى ... ابوه عامر ماء السماء

و ماء السماء ايضا لقب ام المنذر بن امرئ القيس بن عمرو بن عدى بن ربيعة بن نصر اللخمي (بفتح اللام و سكون الخاء) و هي ابنة عوف بن جشم (بضم الجيم و فتح الشين) بن نمر (بفتح النون و كسر الميم) بن قاسط و سميت بذالك لجمالها و قيل لولدها بنو ماء السماء و هم ملوك العراق قال زهير بن جناب

و لازمت الملوك من آل نصر ... و بعدهم بني ماء السماء

كل واحد من هؤلاء يسمى أبا اما الاول فلقوله تعالى نعبد الهك و اله آبائك ابراهيم و اسماعيل و اسحاق و اسماعيل كان عماً له، و الثاني لقوله عليه الصلوة و السلام الخال اب. و الثالث للتربية و من قال لغيره زنأت في الجبل و قال عنيت صعود الجبل حد، و هذا عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى لايحد، لان المهموز منه للصعود حقيقة، قالت امرأة من العرب و ارق الى الخيرات زنأ

كل واحد من هولاء يسمى ابا اما الاول) و هو ما اذا نسبه الى عمه (فلقوله تعالى نعبد الهك و اله آبائك ابراهيم و اسماعيل و اسحاق(١) و اسماعيل كان عماً له، و الثاني) و هو ما اذا نسبه الى خاله (لقوله عليه الصلوة و السلام) اي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (الخال أب) هذا حديث غريب(٢) و في الفردوس لابي شجاع الديلمي عن عبدالله بن عمر رضي الله عنه مرفوعاً الخال والد من لا والد له (و الثالث) و هو نسبته الى زوج امه (للتربية)(٣) اي لاجل تربيته و انما سماه اباً لان زوج الام يقوم عليه قيام الآباء فيجوز ان يسمى ابا مجازاً فلما صح اطلاق اسم الاب على كل واحد منهم لم يجب الحد بالنسبة اليهم. و قال ابن القاسم المالكي في النسبة الى هولاء الحد، و عند اشهب المالكي لا حد عليه الا في حال المشاتمة. (و من قال لغيره زنأت في الجبل) يعني بالهمزة موضع الياء (و قال عنيت) اي قصدت بهذا اللفظ (صعود الجبل حد، و هذا عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى) و به قال احمد(٤) و الشافعي رحمهما الله تعالى في قول (و قال محمد رحمه الله تعالى لايحد) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول (لان المهموز منه) اي من هذا اللفظ و هو الزنأ مستعمل (للصعود حقيقة) و قد اراد حقيقة كلامه فيصدق، و لايحد. و قال في الجمهرة(٥) وغيره زنأ في الجبل بالهمزة يزنأ زنأ اي صعد، و جاء زنا يزنو بمعنى صعد ايضا و استشهد المصنف رحمه الله تعالى لذلك بقوله (قالت امرأة من العرب) و قال ابن السكيت قالت امرأة من العرب ترقص ابنا لها و تقول اشبه(٦) ابا امك او اشبه عمل - و لاتكونن كهلوف و كل - يصبح في مضجعه قد انجدل (و ارق الى الخيرات زنأ

و في تاج العروس فصل الميم من باب الهاء ص٤١٤ ج٩ مثله و نحوه في فتح القدير و نبذ منه في البحر ص٣٧ ج٥. (١) و اسحاق - البقرة - ١٣٣. (٢) غريب الخ كذا في الفتح ص١٠٠ ج٥ و الزيلعي ص٣٥٣ ج٣. (٣) للتربية و قيل في قوله تعالى ان ابني من اهلي انه كان ابن امرأته - فتح القدير. (٤) و به قال احمد رحمه الله تعالى الخ كذا في المغني ص٢١٧ ج١٠. (٥) الجمهرة وغيره الخ و في لسان العرب زنأ يزنأ (باب فتح) في الجبل زنأ (بفتح الزاي و سكون النون) و زنوء (بضم الزاي و النون) صعد فيه. (٦) اشبه الخ كذا في فتح القدير ص١٠٠ ج٥ و لسان العرب ص٩١ ج١ مادة زنأ و تاج العروس ص٧٤ ج١ فصل الزاي من باب الهمزة.

في الجبل و ذكر الجبل يقرره مراداً

في الجبل) و قال في كتاب الزيولج(١) شرح اصلاح الابيات ما هي لامرأة، و انما هي لرجل رأي ابنا له ترقصه امه، فاخذه من يدها و قال اشبه ابا امك يخاطب ابنه و كان ابو امه شريفاً سيداً، يقول اشبه ابا امك، او اشبه عملي اي كن مثل ابي امك او مثلي، و لا تجاوزنا في النسبة الى غيرنا و حذف ياء الاضافة عن عمل للضرورة، و هذا الرجل هو قيس بن عاصم المنقري(٢) و أم ذلك الصبي منفوسة بنت زيد الفوارس بن ضرار الضبي فاخذته امه بعد ذلك فجعلت ترقصه و تقول اشبه اخي او اشبهن اباك- اما ابي فلن تنال ذاك(٣) قوله او اشبه عمل قد ذكرنا ان اصله عملي بالاضافة و قال الكاكي او اشبه حمل(٤) ثم قال الحمل اسم رجل من العرب و هو حمل بن سعد بالحاء المهملة و فتح الميم. و قال ابن ماكولا حمل(٥) بن سعدانة بن حارثة بن معقل بن كعب بن عليم وفد على رسول الله صلى الله عليه وسلم. قوله كهلوف بكسر الهاء و تشديد اللام مفتوحة الشيخ الهرم، و يقال(٦) للثقيل الجافي الذي لا خير فيه، قوله و كل بفتحتين هو الذي يتكل على غيره فيما يحتاج اليه. و قال الكاكي و الكل العيال و ليس كذلك لانه ظن ان الواو في و كل واو العطف، و فسر الكل بالعيال، بل الواو اصلية، و هو الوكل بفتحتين و قد فسرناه. قوله قد انجدل(٧) اي قد امتد يراد انه لايستيقظ حتى يصبح (و ذكر الجبل يقرره مراداً) اي

(١) الزيولج - كذا في نسخ البناية المطبوعة اما في النسخة الخطية المصرية ففيه كتاب الترلرج. (٢) المنقري بكسر الميم و سكون النون و فتح القاف - لسان. (٣) فلن تنال ذاك و في الفتح بعده تقصر عن مثله يداك و الله بالنعمة قد والاك. (٤) اشبه حمل اي فيه كلمة حمل مكان لفظة عمل و كذلك في اللسان نعم في هامشه قوله حمل كذا في النسخ و التهذيب و المحكم بالحاء المهملة و اورده المؤلف في مادة عمل بالعين المهملة انتهى و في التاج حمل بالحاء. (٥) حمل الخ و في تاج العروس مادة حمل و حمل بن سعدانة بن حارثة بن معقل بن كعب بن عليم العليمي الصحابي رضي الله تعالى عنه له وفادة عقد له لواء و شهد مع خالد بن وليد رضي الله عنه مشاهده كلها و هو القائل لبث قليلا يلحق الهيجا حمل ما احسن الموت اذا حان الاجل كذا في العباب و مثله في معجم ابن فهد و هذا البيت تمثل به سعد بن معاذ رضي الله عنه يوم الخندق و شهد حمل ايضا صفين مع معاوية رضي الله عنه و في المحكم انما يعني به حمل بن بدر قلت و فيه نظر انتهى و في الاصابة لابن حجر رحمه الله تعالى ص٣٥٥ ج١ حمل بفتحتين ابن سعدانة بن حارثة بن معقل بن كعب بن عليم الكلبي من اهل دومة الجندل و قال ابن سعد بسنده وفد حارثة بن قطن و حمل بن سعدانة بن حارثة رضي الله تعالى عنهما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسلما فعقد لحمل بن سعدانة لواء فشهد بذالك اللواء صفين مع معاوية رضي الله عنه الخ. (٦) و يقال للثقيل الخ و نحوه في حاشية الچلپي ص١٠٠ ج٥ و في اللسان - الهلوف - الثقيل الجافي العظيم اللحية. (٧) انجدل- و في الحديث- انا خاتم النبيين و ان آدم لمنجدل في طينته اي ملقى على الجدالة =>

و لهما انه يستعمل في الفاحشة مهموزاً ايضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز، و حالة الغضب و السباب تعين الفاحشة مراداً بمنزلة ما اذا قال يا زانئ، او قال زنأت و ذكر الجبل انما يعين الصعود مراداً اذا كان مقروناً بكلمة على، اذ هو المستعمل فيه.

يقرر الصعود مراداً في قوله زنأت في الجبل يعني تاكيداً لكون المهموز للصعود حقيقة (و لهما انه) اي ان لفظ زنأت (يستعمل في الفاحشة) حال كونه (مهموزاً ايضاً) يشير بهذا الى ان المهموز مشترك بين الفاحشة و الصعود (لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز) فمنهم العجاج، فانه كان يهمز العالم و الخاتم و قال و خندف هامة هذا العالم. و يهمز الملين ايضا من جد في الهرب من التقاء الساكنين، فيقال دأبة و شأبة، و في غير التقاء الساكنين كما همز العجاج، و كما همز الشاعر في قوله

فقد هيجت شوق المشتاق

و الاستشهاد في لفظ المشتاق بالهمزة المفتوحة، فانه في الاصل المشتاق بالالف الساكنة، و هذا باب في التصريف يقال له باب الابدال، و هو جعل حرف مكان غيره، و يعرف ذلك بامور كما ذكر في موضعه، و حروف الابدال اربعة عشر حرفاً، منها الهمزة تبدل من حرف اللين مطردا و غير مطرد و غير المطرد لازم و جائز، فالبيان الرأس فيها الابدال من غير المطرد فان اردت تفصيل هذا و تحقيقه فعليك بشرح الجاربردي للشافية و حواشيه للعبد الضعيف. (و حالة الغضب و السباب تعين الفاحشة مراداً) يعني لما كان لفظ زنأت بالهمزة بمعنى زنيت على لغة بعض العرب باعتبار اللين فيه، علم من ذلك ان القائل به اراد الزنا حقيقة، لانه لم يقل هذا الا في حالة الغضب و المشاتمة، و صار هذا (بمنزلة ما اذا قال يا زانيء) بالهمزة في آخره (او قال زنأت) بالخطاب و بالهمزة ففي هذين اللفظين يجب الحد، فكذلك في قوله زنأت في الجبل و قوله و حالة الغضب كلام اضافي مرفوع بالابتداء و خبره قوله تعين الفاحشة من التعيين، اي الزنا، و مرادا نصب على الحال، و انما ذكره باعتبار ان المراد من الفاحشة الزنا (و ذكر الجبل) جواب لما قاله محمد رحمه الله تعالى بقوله و يقرره مراداً بيانه ان ذكر الجبل (انما يعين الصعود مرادا اذا كان) اي لفظ زنأت (مقرونا بكلمة على) لا بكلمة في (اذ هو المستعمل فيه) يعني ان المستعمل في معنى الصعود ان يقال زنأ عليه لا زنأ فيه. فان قيل ان في تجيء بمعنى علي، قال الله تعالى

=> و هي الارض و منه حديث ابن صياد و هو منجدل في الشمس - نهاية لابن الاثير و كذا في لسان العرب و فيه يقال طعنه فجدله اي رماه بالارض فانجدل - سقط.

و لو قال زنأت على الجبل، قيل لايحد لما قلنا. و قيل يحد للمعنى الذي ذكرناه، و من قال لآخر يازاني، فقال لا بل انت فانهما يحدان، لان معناه لا بل انت زان، اذ هي كلمة عطف، يستدرك بها الغلط، فيصير الخبر المذكور في الاول مذكوراً في الثاني.

لاصلبنكم في جذوع النخل(١) اي عليها قلت ذكر الزمخشري انها حقيقتها، قاله الكاكي، و لكن عبارة الزمخشري شبه تمكن المصلوب في الجذوع بتمكن الشيء الموعي في وعائه فلذالك قيل في جذوع النخل، انتهى. قلت هذا لايساعد الكاكي في جوابه على ما لايخفي فان قيل قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير قوله في الجبل لايحتمل الصعود لايقال زنأ فيه، يقال زنأ عليه، كما قال الشاعر(٢)

لا هم ان الحارث بن جبلة زنأ على ابيه ثم قتله

و اجاب عنه الاترازي بقوله لانسلم انه لا يقال زنأ فيه، بل ما قال فخر الاسلام رحمه الله تعالى عكس اللغة فلايسمع لان الزنأ بالهمزة لم يسمع في قوانين اللغة الا بلفظ في لا بلفظ على، كما في قوله زنأ في الجبل، اما قوله زنأ على ابيه فليس مما نحن فيه المهموز من الثلاثي و ما احتج به ليس بمهموز من مزيد الثلاثي من باب التفعيل، فمعنى زنأ على ابيه، اي ضيق عليه، (و لو قال زنأت على الجبل) اختلف المشايخ فيه (قيل لايحد لما قلنا) اشارة الى قوله اذا كان مقروناً بكلمة على (و قيل يحد للمعنى الذي ذكرناه) اشارة الى قوله و حالة الغضب و السباب تعين الفاحشة مراداً (و من قال لآخر يا زاني فقال لا بل انت) اي بل انت زان (فانهما يحدان) يعني كلاهما يحدان (لان معناه لا بل انت زان اذ هي) اي اذ كلمة بل (كلمة عطف يستدرك بها الغلط) يعني بل من الحروف العاطفة موضوعة للاضراب عن الاول، و الاثبات للثاني (فيصير الخبر المذكور في الاول) و هو قوله يا زاني (مذكوراً في الثاني) اي في قوله بل انت كما اذا قلت

---

(١) في جذوع النخل - طه - ٧١. (٢) قال الشاعر الخ كذا في لسان العرب و التاج مادة زنأ و لفظ اللسان زنأ عليه تزنئة اي ضيق عليه قال العفيف العبدي لاهم ان الحارث بن جبلة -زنأ على ابيه ثم قتله- قال و اصله زنأ على ابيه (من باب التفعيل) بالهمز قال ابن السكيت انما ترك همزه ضرورة الخ و في فتح القدير لابن الهمام رحمه الله تعالى ص١٠١ ج٥ و ذكر الجبل يعين الصعود مرادا قلنا انما يعين ذالك اذا كان مقرونا بكلمة على فيقال زنأت على الجبل و لايخفى انه مما يمنع بل يقال زنأت في الجبل بمعنى صعدت ذكره في الجمهرة وغيرها و البيت المذكور معلوم ان المراد فيه ليس الا الصعود هو بلفظة في بل الجواب منع ان ذكر الجبل يعين الصعود فان الفاحشة قد تقع في اي في بعض بطونه و على الجبل اي فوقه كما قد تقع على سطح الدار و نحوه فلم يكن ذكره قرينة مانعة من ارادة الفاحشة فبقى الاحتمال بحاله و ترجح ارادة الفاحشة بقرينة حال السباب و المخاصمة انتهى.

و من قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة و لا لعان لانهما قاذفان، و قذفه يوجب اللعان و قذفها الحد، و في البداثة بالحد ابطال اللعان، لان المحدود في القذف ليس باهل له، و لا ابطال في عكسه اصلاً، فيحتال للدرء، اذ اللعان في معنى الحد. و لو قالت زنيت بك فلا حد و لا لعان، و معناه قالت بعد ما قال لها يا زانية

جاءني زيد لا بل عمرو، معناه بل جاءني عمرو، فكذا ههنا فيكون كل واحد منهما قاذفاً، فيجب عليه الحد. و قال الاترازي في قوله فيصير الخبر المذكور في الاول فيه نظر(١) لان المذكور فيه في مقام النداء لايسمى خبراً، و لو قال فيصير المذكور في الاول خبراً فيه كان اولى. و اجيب عنه بان المراد بالخبر الجزء و حينئذ يستقيم الكلام لان الخبر جزء اخص فيجوز ان يستعار للاعم فان قيل التصريح بالزنا شرط في ايجاب الحد و لم يوجد من الثاني، فكيف يجب عليه الحد. قلت اجيب بمنع نفي وجود التصريح اذ يفهم الزنا في اول ما قال بل انت في جواب قوله يا زان، لان الجواب يتضمن اعادة ما في السوال، فيصير مثل التصريح، سواء فان قيل اذا كان كل واحد منهما قاذفاً لصاحبه، فينبغي ان يكون قصاصاً(٢) فلا يجب الحد. اجيب بان القذف فيه حق الله، و هو الاغلب فبالقصاص يلزم اسقاط حق الله تعالى فلايجوز ذلك، و لهذا لم يجز عفو المقذوف (و من قال لامرأته يا زانية، فقالت لا بل انت حدت المرأة، و لا لعان، لانهما قاذفان و قذفه يوجب اللعان، و قذفها الحد) اي يوجب الحد (و في البداءة بالحد) اي بحد المرأة (ابطال اللعان) لان اللعان شهادة و قد بطلت شهادة المرأة بحدها، و هو معنى قوله (لان المحدود في القذف ليس باهل له) اي اللعان (و لا ابطال في عكسه اصلاً) يعني اذا قدم اللعان لايبطل حد القذف عن المرأة (فيحتال للدرء) اي لدرء اللعان بحد المرأة بتقديمه (اذ اللعان في معنى الحد) يعني قائم مقام حد القذف في حق الرجل و مقام حد الزنا في حق المرأة (و لو قالت زنيت بك) اي لو قالت المرأة زنيت بك في جواب قول الرجل يا زانية (فلا حد و لا لعان، و معناه قالت بعد ما قال لها يا زانية) اي معنى قولها زنيت بك انها قالت ذلك بعد ما قال الزوج لها يا زانية كما قررناه، و فيه قياس و استحسان لم يذكرهما المصنف رحمه الله تعالى، و انما لم يجب الحد و لا اللعان استحساناً، و به قال احمد(٣) رحمه الله تعالى و القياس ان يلاعنها، لان هذا ليس

---

(١) فيه نظر الخ كذا في العناية. (٢) قصاصا الخ و في الفتح فانهما يحدان اذا طالب كل منهما الآخر لانهما قاذفان و اذا طالب كل الآخر و اثبت ما طالب به عند الحاكم لزمه حينئذ حق الله تعالى و هو الحد فلايتمكن واحد منهما من اسقاطه فيحد كل منهما بخلاف ما لو قال له مثلاً يا خبيث فقال له بل انت تكافآ و لايعزر كل منهما للآخر لان التعزير لحق الآدمي وقد وجب له عليه مثل ما وجب للآخر فتساقطا انتهى. (٣) قال احمد رحمه الله=>

لوقوع الشك في كل واحد منهما، لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح، فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه، و انعدامه منه و يحتمل انها ارادت زنائى ما كان معك بعد النكاح، لاني ما مكنت احداً غيرك، و هو المراد في مثل هذه الحالة و على هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه و عدمه منها، فجاء ما قلنا. و من اقر بولد ثم نفاه فانه

بتصديق منها له، لان المرأة لاتزني بزوجها، و به قال مالك رحمه الله تعالى. و قال اشهب الا ان يقول قلت ذلك مجاوبة و لم ارد قذفاً و لا اقراراً فلاحد عليها. و عند الشافعي رحمه الله تعالى حلفت انها لم ترد الاقرار بالزنا و لم ترد قذفه بالزنا و يكتفي بيمين واحدة في وجه، و عليه الحدود دونها لان هذا ليس باقرار صحيح بالزنا وجه الاستحسان هو قوله (لوقوع الشك في كل واحد منهما) اي لوقوع الشك في كل واحد من الحد و اللعان فلايجب بالشك (لانه يحتمل انها) اي المرأة (ارادت الزنا قبل النكاح، فيجب الحد) على المرأة (دون اللعان) اي لايجب اللعان (لتصديقها اياه) اي لتصديق المرأة زوجها (و انعدامه منه) اي و لانعدام التصديق من الزوج (و يحتمل انها ارادت زنائي ما كان الا معك) الخطاب للزوج، اي زنائي هو الذي وجد معك، يعني اذا كان الزنا موجوداً مني، فذاك الفعل الذي وجد مني معك (بعد النكاح) و الا فلا، و هو معنى قوله بعد النكاح (لاني ما مكنت احداً غيرك، و هو المراد في مثل هذه الحالة) اي في حالة سب الرجل امرأته بالزنا و في الفوائد الظهيرية و لا معنى لما قال في الكتاب لانه يحتمل بعد النكاح، لان الوطء بعد النكاح لايكون زنا، و مطلق القذف بالزنا محمول على الزنا حقيقة. و اجيب عنه بان الزوج بقوله لها يا زانية اغضبها و آذاها و هي ترد بقولها زنيت بك و اغضبته و آذته ممسكة بقوله عزوجل الزانية لاينكحها الا زان او مشرك(١) و سمت الوطء بعد النكاح زناً مجازاً بطريق المشاكلة، كما في قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم(٢) و جزاء سيئة سيئة(٣) مثلها (و على هذا الاعتبار) اي على اعتبار الاحتمالين المذكورين (يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه) اي من الزوج (و عدمه منها) اي و عدم القذف من المرأة تقرير هذا على هذا الاعتبار لايكون المرأة مصدقة لزوجها، فيجب اللعان على الزوج، و لايجب الحد على المرأة ففي حال لايجب الحد عليها و يجب اللعان على الزوج و في حال يجب الحد عليها و لايجب اللعان فوقع الشك (فجاء ما قلنا) انه لا حد و لا لعان (و من اقر بولد ثم نفاه فانه

=> تعالى الخ كذا في الفتح. (١) او مشرك - النور - ٣. (٢) بمثل ما اعتدى عليكم - البقرة - ١٩٤. (٣) سيئة مثلها - الشورى ٤٠ و كذالك قوله تعالى بل يداه مبسوطتان - المائدة ٦٥ كما في العناية ص١٠٢ ج٥.

يلاعن، لان النسب لزمه باقراره، و بالنفي بعده صار قاذفاً فيلاعن، و ان نفاه ثم اقر به حد، لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان، لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب و الاصل فيه حد القذف، فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل والولد ولده في الوجهين لاقراره به سابقاً او لاحقاً، و اللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد. و ان

يلاعن) صورته رجل له امرأة جاءت بولده فقال ليس هو مني يجب اللعان (لان النسب لزمه باقراره) يعني صار الولد ولده (و بالنفي بعده) اي و بقوله بعد اقراره ليس هو مني (صار قاذفاً فيلاعن) لان معناه أن امه زنت فولدته عن الزنا، و كل قذف يوجب الحد في الاجنبي يوجب اللعان في قذف الزوج (و ان نفاه ثم اقر به حد) اي و ان نفى ولده بان قال ليس هو مني ثم اقر به بان قال هو ابني بطل اللعان، فوجب عليه حد القذف، لان الاصل في قذف المحصنات هو الحد (لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان، لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب) اي تكاذب الزوجين، لان كل واحد منهما كاذب في زعم صاحبه، لان زعم الزوج انها كاذبة في انكار الزنا، و ان زعمت الزوجة انه كاذب في القذف بالزنا و لهذا لو اقرت المرأة بالزنا لايجب اللعان لعدم التكاذب، و كذا اذا اكذب الزوج نفسه لعدم التكاذب (و الاصل فيه) اي في القذف بالزنا (حد القذف، فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل) و هو الحد، و فيه خلاف ذكرناه في اللعان، هذا(١) ليس بموجود في اكثر النسخ، اي و في نفي الحمل خلاف ذكره في باب اللعان(٢) و هو ان الزوج اذا قال لامرأته ليس حملك مني لا لعان عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما (و الولد ولده في الوجهين) اي فيما اذا اقر اولا ثم نفاه او نفاه اولاً ثم اقر (لاقراره به) اي لاقرار الزوج بالولد (سابقاً) على النفي فيما اذا اقر بالولد ثم نفاه (او لاحقاً) بالنفي فيما اذا نفاه ثم اقر به (و اللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد)(٣) هذا جواب عما يقال ان سبب اللعان كان نفي الولد فلما لم ينتف الولد وجب ان لايجري بينهما اللعان، فاجاب بقوله و اللعان يصح الى آخره تقريره انه ليس من ضرورة اللعان قطع النسب لانه ينفك عنه وجوداً و عدماً فاللعان شرع بلاولد، الا ترى انه اذا تطاولت المدة من حين الولادة ثم نفي يلاعن بينهما و لاينقطع النسب و لو نفى نسب ولد امرأته الأمة ينتفي النسب و لا يجري اللعان اليه اشار البزدوي (و ان

---

(١) هذا الخ اي لفظه "و فيه خلاف ذكرناه في اللعان" في بعض نسخ الهداية موجود كما في الشرح فتح القدير لكنه غير موجود في اكثر نسخ الهداية من الهندية والباكستانية وغيرها. (٢) في باب اللعان اي في آخره. (٣) كما يصح بدون الولد – اصلا بان قذفها بالزنا و لا ولد فانه يلاعن و لا ولد هناك يقطع نسبه و اما انه لو نفى نسب ولد امرأته الآيسة فانه ينتفى النسب فيثبت انفكاك اللعان عن قطع النسب من الجانبين فصحيح لكن لا =>

قال ليس بابني و لا بابنك فلاحد، و لا لعان لانه انكر الولادة، و به لايصير قاذفاً. و من قذف امرأة و معها اولاد لايعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد و الولد حي او قذفها بعد موت الولد، فلاحد عليه لقيام امارة الزنا منها، و هي ولادة ولد لا اب له، ففاتت العفة نظرا اليها، و هي شرط الاحصان. و لو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام امارة الزنا قال و

قال ليس بابني و لا بابنك فلا حد و لا لعان، لانه انكر الولادة، و به لايصير قاذفاً) اي بانكار الولادة لايصير قاذفاً امه، لانه انكر الولادة اصلا و ذلك معدم للزنا لانه اذا لم يكن منها كيف يتصور ان يتولد بزناها، فاذا انتفى القذف فلايجب الحد و لا اللعان لعدم القذف (و من قذف امرأة و معها اولاد لايعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد) بفتح العين، اي التي لوعنت بولد، هكذا قال في النهاية، و يجوز كسر العين، معناه التي لاعنت بولدها و قد صرح بهذا في الكافي (و الولد حي) يتصل بالملاعنة (او قذفها بعد موت الولد، فلا حد عليه لقيام امارة الزنا منها) اي لقيام علامة الزنا منها، اي من المرأة (و هي) اي قيام امارة الزنا منها (ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة نظراً اليها) اي الى الامارة (و هي) اي العفة (شرط الاحصان) اي شرط وجوب حد القذف، و هي فائتة فلايجب الحد (و لو قذف امرأة لاعنت بغير ولد) ذكر التمرتاشي و كذا الملاعنة بولد ثم اكذب الزوج نفسه و لزمه الولد ثم قذفها قاذف (فعليه الحد لانعدام امارة الزنا) و امارة الزنا قيام ولد لا اب له و لا ولد له هنا، و به قال الشافعي و مالك و احمد و جمهور العلماء رحمهم الله و لا نعلم فيه خلافاً فان قيل اللعان(١) قائم مقام حد الزنا في حقها، فيكون امارة الزنا ظاهرة، فينبغي ان لايحد قاذفها، اجيب بان اللعان في جانبها قائم مقام حد الزنا بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره، فكانت محصنة في حق الغير، الا ترى ان اللعان قائم مقام حد القذف في حقه بالنسبة اليها لا بالنسبة الى غيرها حتى قبلت شهادته. و قال الاترازي قال بعضهم في شرحه في جواب السؤال المذكور اللعان قائم مقام حد القذف في حقه، فبالنظر الى هذا الوجه تكون المرأة محصنة، فتعارض الوجهان فتساقطا، فبقي القذف سالما عن المعارض، فوجب الحد على القاذف انتهى. قلت اراد به صاحب النهاية، ثم رد عليه بما لايجدي، ثم قال و قال بعضهم ايضا و هو صاحب النهاية ايضا وجدت بخط شيخي، يعني الحافظ الكبير البخاري في جواب هذه الشبهة ان اللعان في جانبها قائم مقام حد الزنا، لكن بالنسبة الى الزوج لا الى غيره الى آخر ما ذكرنا في جواب السؤال المذكور، ثم رد عليه بما لايجدي (قال) اي القدوري (و

=> دخل له في الجواب انتهى ما في الفتح. (١) فان قيل اللعان الخ كذا في الشروح الثلاثة.

من وطئ وطئا حراماً في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة و هي شرط الاحصان، و لان القاذف صادق، و الاصل فيه ان من وطئ وطئا حراماً لعينه لايجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطئ المحرم لعينه. و ان كان محرماً لغيره يحد، لانه ليس بزنا، فالوطء في غير الملك من كل وجه او من وجه حرام لعينه، و كذا الوطء في الملك و الحرمة مؤبدة، فان كانت الحرمة موقتة فالحرمة لغيره، و ابو حنيفة رحمه الله تعالى يشترط ان تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع او بالحديث المشهور

من وطئ وطئاً حراماً في غير ملكه لم يحد قاذفه) لعدم شرط الموجب للحد، و هو احصان المقذوف، اشار اليه بقوله (لفوات العفة و هي شرط الاحصان) و الاحصان معدوم لانعدام العفة عن الزنا (و لان القاذف صادق) في قذفه، لان المقذوف وطئ ما لايحل له فلا يحد القاذف على الصدق، و انما يحد على الكذب (و الاصل فيه) اي في حد القذف و عدم الحد (أن من وطئ وطئا حراما لعينه) كالوطء في غير الملك من كل وجه، و هو ظاهر(١) او من وجه كالوطء في الجارية المشتركة بينه و بين غيره، و هذا الوطء حرام لعينه لوقوعه زناً، لان الوطء حصل في غير ملكه، الا انه لايجب حد الزنا على وطء الجارية المشتركة للشبهة (لايجب الحد بقذفه) اي بقذف هذا الواطئ الوطء الحرام لعينه من كل وجه او من وجه كما بينا (لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه) سواء كان من كل وجه او من وجه (و ان كان) اي و ان كان الوطء (محرماً لغيره) اي لا لعينه كوطء امرأته الحائض او النفساء او جاريته المجوسية او امته المزوجة او المكاتبة او الحرة التي ظاهر منها، او وطئ امرأته الصائمة ففي هذه الصور (يحد) قاذفه (لانه ليس بزنا) لعدم صدق حد الزنا عليه (فالوطء في غير الملك من كل وجه او من وجه حرام لعينه) و قد بينا الوجهين الآن (و كذا) اي و كذا حرام لعينه (الوطء في الملك و الحرمة مؤبدة) اي و الحال ان الحرمة على التابيد، كما اذا وطئ جاريته التي وطئها ابوه بعد ملك اليمين او الشراء، و هذا وطء محرم على التابيد، فصار كالزنا فلم يحد القاذف، فانه كالحرمة المؤقتة مثل وطء الحائض او امثالها التي ذكرناها الآن (فان كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره) لا لعينه (و ابوحنيفة رحمه الله تعالى يشترط ان تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع) كموطوءة أبيه بالنكاح او بملك اليمين، ثم اشتراها الابن فوطئها فلايحد قاذفه لسقوط احصان الواطئ بالوطء الحرام على التابيد بالاجماع، و كذلك اذا تزوج اختين او تزوج امرأة و عمتها او خالتها او تزوج امة على حرة او جمعهما في العقدة فوطئها فلاحد على قاذفه لما قلنا (او بالحديث المشهور) او تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالحديث

---

(١) و هو ظاهر - كوطئ الاجنبية الشروح الثلاثة.

لتكون ثابتة من غير تردد، بيانه ان من قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينه و بين آخر فلا حد عليه لانعدام الملك من وجه، و كذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعاً لانعدام الملك، و لهذا وجب عليها الحد و لو قذف رجلاً أتى امته و هي مجوسية او امرأته و هي حائض او مكاتبة له فعليه الحد، لان الحرمة مع قيام الملك، و هي مؤقتة، فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا، و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان وطء المكاتبة يسقط الاحصان،

المشهور، و هو قوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود، و كل الشراح ذكروا ان الحديث المشهور الذي ذكره المصنف رحمه الله تعالى هو قوله عليه الصلوة و السلام لا نكاح الا بشهود، و قد ذكرنا في اول(١) النكاح ان هذا الحديث غريب بهذا اللفظ، و استيفاء الكلام فيه هناك (لتكون ثابتة من غير تردد) اي لتكون الحرمة ثابتة من غير تردد حتى يكون الحد ايضا ثابتا من غير تردد (بيانه) اي بيان الاصل المذكور في المسائل التي يذكرها بعد (ان من قذف رجلاً وطئ جارية مشتركة بينه و بين آخر فلا حد عليه) اي على قاذفه (لانعدام الملك من وجه) لانه في نصيب الشريك زان، فيصير القاذف صادقاً في كلامه من وجه. والقذف يسقط بالشبهة و الاحصان كما يزول بالزنا من كل وجه يزول بالزنا من وجه، و عند مالك رحمه الله تعلى يحد (و كذا اذا قذف امرأة) اي و كذلك لا حد على القاذف اذا قذف امرأة (زنت في نصرانيتها) ثم اسلمت و قذفها انسان (لتحقق الزنا منها) لان الزنا حرام في الاديان كلها، و الكفار مخاطبون بالعقوبات (شرعاً) اي من حيث الشرع (لانعدام الملك) و هو ظاهر، و في المبسوط لو قذف مسلماً زنى في حال كفره في دار الحرب او في دارنا لم يحد قاذفه، لان الزنا يتحقق من الكافر و ان لم يقم عليه الحد فيكون القاذف صادقاً، فكان التقيد بالنصرانية اتفاقياً، و عند مالك و احمد و الشافعي رحمهم الله تعالى في وجه يحد، لانه قذفه في حال كونه مسلماً محصناً لعموم الآية. قلنا قاذفه صادق لما قلنا، و انما يرتفع بالاسلام الاثم دون حقيقة الزنا (و لهذا) اي و لاجل تحقق الزنا من الكفار (وجب عليها الحد) اي حد الزنا (و لو قذف رجلا أتى أمته و هي مجوسية) اي و الحال ان هذه مجوسية (أو امرأته) اي او جامع امرأته (و هي حائض) اي و الحال انها حائض (او مكاتبة له) اي او وطئ مكاتبة له اي للواطئ (فعليه الحد، لان الحرمة مع قيام الملك، و هي مؤقتة) اي و الحرمة مؤقتة اي العارض على شرف الزوال (فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا) لان الزنا وطء لم يلاق ملكه (و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان وطء المكاتبة يسقط الاحصان، و

---

(١) اول النكاح - راجع البناية ص٢٠ ج٦ و نصب الراية ص١٦٧ ج٣.

و هو قول زفر رحمه الله تعالى لان الملك زائل في حق الوطء، و لهذا يلزمه العقر بالوطء و نحن نقول ملك الذات باق، و الحرمة لغيره اذ هي مؤقتة، و لو قذف رجلاً وطئ امته و هي اخته من الرضاعة لايحد لان الحرمة مؤبدة و هذا هو الصحيح. و لو قذف مكاتباً مات(١) و ترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم و لو قذف مجوسياً تزوج بامه ثم اسلم يحد عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى. و قالا لاحد عليه، و هذا بناء على ان تزوج

هو قول زفر رحمه الله تعالى لان الملك زائل في حق الوطء و لهذا) اي و لاجل زوال الملك في حق الوطء (يلزمه العقر) اي مهر المثل (بالوطء و نحن نقول ملك الذات) اي ذات المكاتبة (باق، و الحرمة لغيره) لا لعينه (اذ هي مؤقتة) غير مؤبدة، فان الحرمة تزول بعجزها عن المكاتبة و ردها الى الرقبة (و لو قذف رجلا وطئ امته و هي اخته) اي و الحال انها اخته (من الرضاعة لا يحد) اي القاذف (لان الحرمة مؤبدة، و هذا هو الصحيح) قيد به لانه ظاهر الرواية، و احترز به عن رواية الكرخي رحمه الله تعالى انه لايسقط الحد عن القاذف لانه وطء في ملك فمقارنة التحريم فيه لايسقط الاحصان(٢) كوطء المرأة الحائض و المحرمة و الامة المجوسية و المزوجة و التي ظاهر منها. و لنا ان الحرمة مؤبدة في المقيس، و مؤقتة في المقيس عليه، و لا شك ان المقيس عليه ادنى حالاً من المقيس فلايصح القياس لعدم المماثلة، فجاز ان يسقط الاحصان في الحرمة الاعلى دون الادنى (و لو قذف مكاتباً مات و ترك وفاء لا حد عليه) صورته في الجامع الصغير محمد رحمه الله تعالى عن يعقوب رحمه الله تعالى عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى في الكافر يموت و يترك وفاء فيؤدي كتابته و يقسم ما بقي بين ورثته الاحرار ثم يقذفه انسان قال لا حد على قاذفه ابداً (لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة رضي الله عنهم) فانهم اختلفوا في موته حرا او عبدا فقال بعضهم مات حراً و هو مذهب علي(٣) و عبدالله بن مسعود رضي الله عنهما، و قال بعضهم مات عبداً و هو مذهب زيد بن ثابت رضي الله عنه فاختلافهم اورث شبهة في حد القاذف فسقط (و لو قذف مجوسياً تزوج بامه(٤) ثم اسلم يحد عند ابي حيفة رحمه الله تعالى و قالا لا حد عليه) اي على قاذفه (و هذا) اي و هذا الخلاف (بناء) اي مبني (على ان تزوج

---

(١) مات – ن – و مات. (٢) لايسقط الاحصان الخ و هو قول مالك و الشافعي و احمد رحمهم الله تعالى فتح القدير ص١٠٦ ج٥. (٣) و هو مذهب علي رضي الله تعالى الخ يجيء هذا المبحث في كتاب المكاتب باب موت المكاتب الخ ان شاء الله تعالى راجع الجزء الثالث من الهداية ص٣٣٦ ج٣ و نصب الراية ص١٤٦ ج٤ و سنن البيهقي باب موت المكاتب ص٣٣١ ج١٠ و تكملة فتح القدير ص١٤١ ج٨. (٤) بامه او اخته او بنته – فتح.

المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده، خلافاً لهما، و قد مر في النكاح. و اذا دخل الحربي دارنا بأمان فقذف مسلماً حد لان فيه حق العبد و قد التزم ايفاء حقوق العباد، و لانه طمع في أن لايؤذي فيكون ملتزماً ان لايؤذي. و موجب اذاه الحد و اذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته و ان تاب، و قال الشافعي رحمه الله تعالى تقبل اذا تاب، و هي تعرف في الشهادات. و اذا حد الكافر في قذف لم يجز شهادته على اهل الذمة، لان له الشهادة على جنسه فترد تتمة لحده، فان اسلم قبلت شهادته عليهم و على المسلمين، لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام، فلم تدخل تحت الرد، بخلاف العبد

المجوسي يالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده) اي عند ابي خنيفة رحمه الله تعالى (خلافاً لهما) اي لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (و قد مر في النكاح) اي في باب نكاح اهل الشرك و بقولهما قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى (و اذا دخل الحربي دارنا بامان فقذف مسلما حد) باجماع الائمة الاربعة رحمهم الله تعالى (لان فيهه) اي في حد القذف (حق العبد، و قد التزم) اي الحربي المستامن (ايفاء حقوق العباد) و كان ابوحنيفة رحمه الله تعالى اولا يقول لايحد لان المغلب فيه حق الله تعالى، فكان بمنزلة حد الزنا ثم رجع (و لانه) اي و لان الحربي (طمع في ان لايوذي) بفتح الذال على صيغة المجهول (فيكون ملتزما ان لا يؤذي) بكسر الذال على صيغة المعلوم (وموجب) بفتح الجيم (اذاه) اذا آذاه (الحد) و هو حد القذف (و اذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته و ان تاب و قال الشافعي رحمه الله تعالى تقبل اذا تاب) و به قال مالك و الليث و عثمان البتي رحمهم الله تعالى و المحدود في الزنا او الشرب او السرقة اذا تاب تقبل شهادته بالاتفاق الا عند الحسن بن حي و الاوزاعي رحمهما الله تعالى فان عندهما لاتقبل شهادته من حد في الاسلام في قذف او غيره ابداً، كذا ذكره ابوبكر الرازي في شرح الطحاوي (و هي تعرف في الشهادات) اي هذه المسالة الخلافية تعرف في كتاب الشهادات(١) (و اذا حد الكافر في قذف لم يجز شهادته على اهل الذمة لان له الشهادة على جنسه فترد تتمة لحده، فان اسلم قبلت شهادته عليهم) اي على اهل الذمة (و على المسلمين، لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام، فلم تدخل تحت الرد) يعني هذه الشهادة غير تلك الشهادة المردودة اذ بالاسلام حصل له عدالة الاسلام فلما كانت هذه غيرها و لم يلحقها قبلت على اهل الاسلام، ثم على إهل الذمة تبعاً لهم (بخلاف العبد) جواب(٢) عما يقال العبد اذا قذف فضرب الحد ثم اعتق لاتقبل شهادته،

---

(١) كتاب الشهادات سيجيء البحث هناك ان شاء الله تعالى. (٢) جواب الخ كذا في العناية.

اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لاتقبل شهادته، لانه لا شهادة له اصلاً في حال الرق، فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده فان(١) ضرب سوطاً في قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته، لان رد الشهادة متمم للحد، فيكون صفة له، و المقام بعد الاسلام بعض الحد، فلا يكون رد الشهادة صفة له و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه ترد شهادته اذ الاقل تابع للاكثر،

فكيف قبلت شهادة الكافر اذا اسلم فاجاب بقوله بخلاف العبد (اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لاتقبل شهادته لانه) اي لان العبد (لاشهادة له اصلا في حال الرق، فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده) بيانه ان العبد لاشهادة له اصلا في حال رقه، فلابد في حد القذف من رد الشهادة، و انما يحصلل شهادة العبد بعد العتق فيرد، لانه تتمة الحد. اما الكافر فله شهادة على جنسه فردت بالحد ثم بعد الاسلام حدثت له شهادة اخرى لم يلحقها رد فقبلت (قال) اي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و ان ضرب سوطاً) اي و ان ضرب القاذف الكافر سوطاً (في قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته، لان رد الشهادة متمم للحد، فيكون صفة له) اي للحد (و المقام) بضم الميم، اي الذي يقام (بعد الاسلام بعض الحد فلايكون رد الشهادة صفة له) اي للحد و اعترض(٢) بان المقام بعد الاسلام ان كان بعض الحد، فالمقام قبل الاسلام كذلك فكما لايكون رد الشهادة صفة لما اقيم بعد الاسلام، فكذلك لايصلح ان يكون صفة لما اقيم قبل الاسلام، بل جعله صفة لما اقيم بعد الاسلام اولى، لما ان العلة اذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الاخير على ما عرف في موضعه و الجواب انا لم نجعل الرد صفة لا للمقام قبل الاسلام و لا للمقام بعده و انما قلنا ان الرد صفة للحد، و الحد ثمانون و لم يوجد فلم تترتب التتمة و قيل في الجواب النص ورد بالامر بالحد و النهي عن قبول الشهادة و كل واحد منهما غير مرتب على الآخر نصاً فيتعلق كل واحد منهما بما يمكن، و الممكن زمان النهي رد شهادة قائمة للحال فيتقيد به (و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه ترد شهادته اذ الاقل تابع للاكثر) الاقل هو الموجود قبل الاسلام، و الاكثر هو الموجود في الاسلام اعني تسعة و سبعين سوطاً، فصار كان الثمانين وجد بعد الاسلام، و هذه رواية عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قال الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى في شرح الجامع الصغير روي عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى في هذا ثلاث روايات(٣)

---

(١) فان - ن - قال و ان. (٢) و اعترض الخ كذا في العناية. (٣) ثلاث روايات الخ كذا في الفتح ص٨٠١ج٥.

و الاول اصح. قال و من قذف(١) او زنى او شرب غير مرة فحد، فهو لذلك كله، أما الآخران(٢)

روي عنه اذا ضرب سوطاً في الاسلام لاتقبل شهادته، و عنه اذا ضرب الاكثر في الاسلام بطلت شهادته، و عنه ما لم يضرب كله في الاسلام لاتبطل شهادته، و هو المعروف و هو قول ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و كذا اذا ضرب المسلم بعض الحد ثم هرب فيه ثلاث روايات في ظاهر(٣) الروايات مالم يضرب جميع الحد لاتبطل شهادته، و في رواية يبطل بضرب سوط. و في رواية لايبطل ما لم يضرب الاكثر (و الاول اصح) اي جواز الشهادة (قال) اي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من شرب او زنى او قذف غير مرة) اي شرب غير مرة او زنى غير مرة او قذف غير مرة قوله غير مرة ليس بقيد لقوله او قذف وحده بل للكل (فحد فهو لذلك كله) اي فهذا الحد يقع للجميع كله، و به قال مالك(٤) و الثوري و ابن ابي ليلى و الشعبي و الزهري و النخعي و قتادة و حماد و طاووس و احمد رحمهم الله تعالى في رواية و الشافعي رحمه الله تعالى في قول و في المبسوط(٥) و لو قذف الجماعة بكلمة واحدة بان قال يا ايها الزناة او كلمات متفرقة بان قال يا زيد انت زان، و يا عمرو انت زان، و يا خالد انت زان لا يقام عليه الا حد واحد عندنا. و عند الشافعي رحمه الله تعالى ان قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب. و لو قذفهم بكلمات او لواحد مرات يجب لكل قذف حد عنده، و به قال احمد رحمه الله تعالى في رواية (اما الاولان) قال الكاكي(٦) رحمه الله تعالى اما الاولان اي حد الشرب و حد الزنا قال الاترازي اما الاخريان، و هذه هي النسخة الصحيحة تحقيقا و سماعاً. و في بعض النسخ قال اما الاولان فذاك ليس بشيء لانه ذكر اولا ثلاثة اشياء القذف، و الزنا و الشرب على الترتيب ثم قال الاخريان و اراد بهما الزنا و الشرب، انتهى قلت ما حمله على هذا الكلام الا ان نسخته

---

(١) و من قذف او زنى او شرب – ن – و من زنى او شرب او قذف. (٢) اما الآخران – ن – اما الاولان. (٣) ظاهر الروايات الخ كذا في الفتاوى الهندية ص١٦٦ ج٢ الباب السابع في حد القذف الخ. (٤) مالك رحمه الله تعالى الخ راجع فتح القدير ص١٠٩ ج٥ و الاوجز جامع ما جاء في حد الزنا ص٣٧ ج٦ و المغنى ص١٩٧ و ص٢٣١ ج١٠ و تكملة المجموع ص٦٧ ج٢٠ و لفظ فتح القدير و عند الشافعي رحمه الله تعالى ان قذف جماعة بكلمة فكذالك في قول و ان قذفهم بكلمات او قذف واحدا مرات بزنا آخر يجب لكل قذف حد و عندنا لا فرق و لا تفصيل بل لاتعدد كيفما كان و بقولنا قال مالك و الثوري و الشعبي و النخعي و الزهري و قتادة و حماد و طاووس و احمد في رواية و في رواية كقول الشافعي الذي ذكرناه آنفا. (٥) و في المبسوط الخ كذا في الكفاية و العناية. (٦) قال الكاكي رحمه الله تعالى الخ ما حصلته فلم اقدر على تصحيحه.

فلان المقصد من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار و احتمال حصوله بالاول قائم فيتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني، و هذا بخلاف ما اذا زنى و قذف و سرق و شرب، لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر، فلايتداخل. و اما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله تعالى فيكون ملحقاً بهما و قال الشافعي رحمه الله تعالى ان اختلف المقذوف

كانت هكذا و من قذف او زنى او شرب فهو لذالك كله منع ان يقال اما الاولان بل الصحيح اما الاولان لان النسخة الصحيحة و من شرب او زنى او قذف مثل ما ذكرنا، و كذا كانت نسخة شيخنا علاء الدين الذي كان آية تحقيق الهداية، و كذالك كلام الكاكي رحمه الله تعالى يشير الى هذا و مع هذا قال الاترازي لو قال المصنف رحمه الله تعالى أما الآخران بلفظ التذكير و كسر الخاء لكان اولى، لان الزنا و الشرب مذكور، فيصح اللفظ، بدون تاويل يعني ما قال يحتاج الى التاويل بان يقال العلتان الاخريان او الخصلتان، انتهى قلت لو كانت مثلما ذكرنا لما احتاج الى هذه التكلفات (فلان المقصد من اقامة الحد حقاً لله تعالى الانزجار) اي فلان القصد الكلي من اقامة الحد حال كونه حقا لله تعالى او لاجل حق الله تعالى ان يحصل الانزجار للمقذوف حتى لايباشره في المستقبل و يرتدع غيره ايضاً. (و احتمال حصوله) اي حصول المقصد، و هو الانزجار (بالاول) اي بالحد الاول (قائم فيتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني) اي في الحد الثاني، حاصله(١) ان الثاني يتعطل عما هو المقصود، و هو الانزجار و الحدود تندرئ بالشبهات، بخلاف ما اذا زنى فحد، ثم زنى يجب حد آخر لتيقننا بعدم انزجاره بالاول (و هذا بخلاف ما اذا زنى و قذف و سرق و شرب لان المقصود من كل جنس) من هذه الاشياء (غير المقصود من الآخر) فحد الزنا لصيانة الانساب، و حد القذف لصيانة الاعراض و حد السرقة لصيانة الاموال و حد الشرب لصيانة العقول(٢) و اذا كان الامر كذلك (فلايتداخل) بل يقام لكل واحد منها ما يقتضي حده (و اما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله تعالى فيكون ملحقاً بهما) اي بحد الزنا و الشرب، قاله الاترازي. و قال الكاكي رحمه الله تعالى ملحقاً بهما، اي بحد الزنا و السرقة. قلت المذكور بغير لفظ قذف ثلاثة، فكيف يرجع ضمير التثنية الى الثلاثة، و الظاهر ان قوله بهما يرجع الى السرقة و الشرب لانهما اقرب المذكور (و قال الشافعي رحمه الله تعالى ان اختلف(٣) المقذوف)

---

(١) حاصله الخ كذا في الفتح. (٢) لصيانة العقول الخ و في الفتح و ثبت كل بخطاب يخصه فلو حددنا في الخمر و القذف (مثلا) حدا واحدا عطلنا نصا من النصوص عن موجبه. (٣) اختلف الخ و في الكفاية اختلف المقذوف بان قذف غير الاول او المقذوف به بان قذف الاول بزنا آخر الخ.

او المقذوف به و هو الزنا لايتداخل، لان المغلب فيه حق العبد عنده.

فصل في التعزير

كزيد و عمرو (او المقذوف به) اي او اختلف المقذوف به ككقذف زيد بزنائين مختلفين، قال تاج الشريعة رحمه الله تعالى يعني زنيت بفلانة ثم قال زنيت بفلانة الاخرى (و هو الزنا) اي المقذوف به هو الزنا (لايتداخل لان المغلب فيه) اي في الزنا (حق العبد عنده) اي عند الشافعي رحمه الله تعالى و قد مر الكلام فيه. فروع(١) لو قال فجرت بفلانة او قال جامعتها حراماً لا حد عليه ما لم يقذفه بالزنا، لان الجماع يكون بنكاح فاسد. قال لامرأة زنيت بحمار(٢) او بعير او ثور لايحد، لان معناه اولج فيك حمار. و لو صرح لايحد و لو قال زنيت بناقة او بدرهم يحد لان معناه زنيت و اخذت هذه و لو قال هذا لرجل لايحد(٣).

(فصل في التعزير)

اي هذا فصل في بيان حكم التعزير و التعزير(٤) تاديب دون الحد من العزر و هو الردع، و يجيء التعزير بمعنى التعظيم، و النصر كما في قوله تعالي و تعزروه و توقروه(٥) و هو مشروع بالكتاب قال تعالى و اضربوهن امر بضرب الزوجات تاديباً و تهذيباً، و بالسنة قال عليه الصلوة و السلام لاترفع عصاك(٦) عن اهلك، و روي انه عليه الصلوة و السلام عزر(٧) رجلاً قال لغيره يامخنث، و عنه عليه الصلوة و السلام قال رحمه الله امرءا(٨) علق سوطه حيث يراه اهله

---

(١) فروع – راجع للفروع الكثيرة فتح القدير ص١٠٩ ج٥ و الفتاوى الهندية ص١٦٠ ج٢. (٢) زنيت بحمار الخ كذا في المبسوط للسرخسي ص١٢٥ ج٩ و فيه و لو قال زنيت بناقة او ببقرة او بثوب او بدرهم فعليه الحد لان معنى كلامه زنيت بدرهم بدل لك و هذا افحش ما يكون من الزنا ان تكتسب المرأة بفرجها الخ. (٣) لايحد كذا في المبسوط للسرخسي ص١٢٦ ج٩. (٤) و التعزير تأديب الخ راجع فتح القدير ص١١٢ ج٥ و البحر الرائق ص٤٤ ج٥ و لسان العرب مادة عزر. (٥) توقروه – الفتح – ٩. (٦) لاترفع عصاك الحديث اخرجه الامام احمد رحمه الله تعالى في مسنده ص٢٣٨ ج٥ الطبع القديم عن معاذ رضي الله تعالى عنه قال اوصاني رسول الله صلى الله عليه وسلم بعشر كلمات (الى) و انفق على عيالك من طولك و لاترفع عنهم عصاك ادبا و اخفهم في الله. (٧) عزر رجلا الحديث كذا في فتح القدير و قد اخرج الترمذي في كتاب الحدود باب ما جاء فيمن يقول للآخر يا مخنث عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا قال الرجل للرجل يايهودي فاضربوه عشرين و اذا قال يا مخنث فاضربوه عشرين الحديث و اخرجه البيهقي في سننه كتاب الحدود باب ما جاء في الشتم دون القذف ص٢٥٢ ج٨. (٨) رحم الله امرأ الحديث كنز العمال حديث ٤٤٩٤٥ ج١٦ (عد عن جابر رضي الله تعالى عنه) و لفظه رحم الله امرءا علق في بيته سوطا يؤدب به اهله و حديث ٤٤٩٤٦ ج١٦ و لفظه علق السوط حيث يراه اهل البيت(حل عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه)

و من قذف عبداً او امة او ام ولد او كافراً بالزنا عزر،

و باجماع الصحابة رضي الله عنهم، و بالمعنى و هو ان الزجر عن الجنايات و هو الافعال السيئة واجب تقليلاً لها، و التعزير صالح للزجر فيكون مشروعاً و ذكر التمرتاشي(١) عن السرخسي و ليس فيه شيء مقدر، بل مفوض الى رأي القاضي، لان المقصود منه الزجر و احوال الناس مختلفة فيه. فمنهم من يزجر بالصيحة و منهم من يحتاج الى اللطمة و الى الضرب. و منهم من يحتاج الى الحبس، و به قالت الائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى. و في الشافي(٢) التعزير على مراتب تعزير اشراف الاشراف، و هم العلماء و العلوية بالاعلام، و هو ان يقول له القاضي، بلغني انك تفعل كذا و كذا فينزجر به و تعزير الاشراف و هم الامراء والدهاقين بالاعلام و الجر الى باب القاضي و الخصومة في ذلك. و تعزير الاوساط و هم السوقة بالجر و الحبس و تعزير الاخسة بهذا كله، و بالضرب و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى يجوز التعزير(٣) للسلطان باخذ المال و عندهما و الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى لايجوز باخذ المال، و عن التمرتاشي يجوز اقامة التعزير الذي يجب حقا لله تعالى لكل احد بعلة النيابة عن الله تعالى و سئل الهندواني رحمه الله تعالى عمن وجد رجلاً(٤) مع امرأة ايحل له قتله، قال ان كان يعلم انه ينزجر عن الزنا بالصياح و الضرب بما دون السلاح لايقتله و ان علم انه لاينزجر الا بالقتل حل له قتله، و ان طاوعته المرأة يحل قتلها ايضاً. و قال التمرتاشي و هذا تنصيص على ان الضرب تعزير يملكه الانسان، و ان لم يكن محتسبا و صرح في المنتقى بذلك و لهذا يجوز للمولى ان يعزر عبده او امته (و من قذف عبداً او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر) هذه مسألة القدوري. و قال المصنف

---

(١) ذكر التمرتاشي رحمه الله تعالى الخ كذا في فتح القدير ص١١٢ ج٥ و نبذ منه في الكفاية. (٢) و في الشافي الخ كذا في الفتح و الهندية ص١٦٧ ج٢ و الفتاوى الهندية ص..... ج٢. (٣) يجوز التعزير للسلطان باخذ المال الخ و معنى التعزير باخذ المال على القول به امساك شيء من ماله عنده مدة ينزجر ثم يعيده الحاكم اليه لا ان ياخذه الحاكم لنفسه او لبيت المال كما يتوهمه الظلمة اذ لايجوز لاحد من المسلمين اخذ مال احد بغير سبب شرعي كذا في البحر الرائق ص٤٤ ج٥ و الفتاوى الهندية ص١٦٧ ج٢ و ايضا في البحر و في المجتبى لم يذكر كيفية الاخذ و ارى ان ياخذها فيمسكها فان ايس من توبته يصرفها الى ما يرى و في شرح الآثار التعزير بالمال كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ الخ و الحاصل ان المذهب عدم التعزير باخذ المال و اما التعزير بالشتم فلم اره الا في المجتبى قال و في شرح ابي اليسر التعزير بالشتم مشروع و لكن بعد ان لايكون قاذفا الخ. (٤) رجلا مع امراة الخ و في حاشية الجلبي ص١١٢ ج٥ ثم وجدت المسئلة في المنتقى عن ابي يوسف رحمه الله تعالى كذالك لكن وضعها وجد رجلا مع امرأته او مع محرم له او مع جاريته الخ.

لانه جناية قذف و قد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان، فوجب التعزير، و كذا اذا قذف مسلماً بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث او يا سارق، لانه آذاه و الحق الشين به، و لا مدخل للقياس في الحدود، فوجب التعزير، الا انه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى، لانه من جنس ما يجب به الحد، و في الوجه الثاني(١) الرأي الى الامام. و لو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه ما

رحمه الله تعالى (لانه جناية قذف، و قد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان، فوجب التعزير) باجماع(٢) الائمة الاربعة رحمهم الله تعالى و اكثر العلماء. و عن داود يجب الحد على قاذف العبد. و عن ابن المسيب و ابن ابي ليلى يحد قاذف ذمية لها ولد مسلم (و كذا) اي و كذا يجب التعزير (اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث او يا سارق، لانه آذاه و الحق الشين به) و كذا لو قال(٣) يا نصراني او يا ابن النصراني او يا لوطي، او يا من يعمل عمل قوم لوط، او يا من يلعب بالصبيان، يا آكل الربا، يا شارب الخمر، يا ديوث، يا فاجر، يا منافق، يا مخنث، يا خائن، يا ابن القحبة، يا زنديق، يا قرطبان، يا مأوى الزواني يا ماوى اللصوص عزر في ذلك كله. و في يا لوطي سئل عن نيته، ان اراد به انه من قوم لوط فلاشيء عليه، و ان اراد انه يعمل عمل قوم لوط اما فاعلاً او مفعولاً به فعليه الحد عند ابي يوسف و محمد و مالك و الشافعي و الحسن و النخعي و الزهري و ابي ثور رحمهم الله تعالى لانه قذف بما يوجب الحد كما لو قذفه بالزنا، و عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لا حد عليه و يعزر، و به قال قتادة و عطاء. و الصحيح انه اذا كان عفيفاً يعزر. و في فتاوى الولوالجي و لو قال يا فاجر او يا ابن الفاجرة الفاسقة عليه التعزير فقط (و لا مدخل للقياس في الحدود، فوجب التعزير) اراد انه لم يات نص بالحد في الاشياء المذكورة. و في القياس ليس له دخل في الحدود لانها من المقدرات الشرعية، فاذا كان كذلك وجب التعزير لاجل الردع كما ذكرناه عن قريب (الا انه) اي ان الشان (يبلغ) من التبليغ على صيغة المجهول (بالتعزير غايته في الجناية الاولى) اي فيما اذا قذف غير المحصن بالزنا (لانه) اي لان القذف بالزنا (من جنس ما يجب به الحد) اي في المحصن (و في الوجه الثاني) اي فيما اذا قذف المحصن، بغير الزنا كالفسق و الكفر (الرأى الى الامام) يرى فيه بما يقتضيه حال القاذف و حال المقذوف (و لو قال ياحمار(٤) او يا خنزير لم يعزر، لانه ما

---

(١) الوجه الثاني – ن – الوجه الثانية – ن – الثانية. (٢) باجماع الائمة الاربعة رحمهم الله تعالى الخ كذا في فتح القدير ص١١٤ ج٥. (٣) قال يا نصراني الخ كذا في فتح القدير و الكنز و البحر ص٤٦ ج٥ و الفتاوى الهندية ص١٦٨ ج٢. (٤) يا حمار قال ابن نجيم في البحر الرائق ص٥٠ ج٥ و مابعده اما عدم التعزير في =>

الحق الشين به للتيقن بنفيه.

الحق الشين به للتيقن بنفيه) فانه يعلم انه آدمي، و ليس بحمار، و ان القاذف كاذب، و كذا لو

=> يا كلب يا حمار يا خنزير يا بقر يا حية يا تيس يا ذئب يا قرد فلظهور كذبه قال في الحاوي القدسي الاصل ان كل سب عاد شينه الى الساب فانه لايعزر فان عاد الشين فيه الى المسبوب عزر و علله في الهداية بانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه و في هذه الالفاظ ثلاثة مذاهب ظاهر الرواية انه لايعزر مطلقا لما ذكرنا و اختار الهندواني انه يعزر به و هو قول الائمة الثلاثة لان هذه الفاظ تذكر للشتيمة في عرفنا و في فتاوى قاضيخان في يا كلب لايعزر قال و عن الفقيه ابي جعفر انه يعزر لانه شتيمة ثم قال و الصحيح انه لايعزر لانه كاذب قطعا الخ و في المبسوط فان العرب لاتعده شتيمة و لهذا يسمون بكلب و ذئب و ذكر قاضيخان عن امالي ابي يوسف في يا خنزير يا حمار يعزر ثم قال و في رواية محمد لايعزر و هو الصحيح و صاحب الهداية استحسن التعزير اذا كان المخاطب من الاشراف و تبعه في التبيين و سوى في فتح القدير بين قوله يا حجام و بين قوله يا ابن الحجام حيث لم يكن كذلك في عدم التعزير و فرق بينهما في التبيين فاوجب التعزير في يا ابن الحجام دون يا حجام كانه لعدم ظهور الكذب في قوله يا ابن الحجام لموت ابيه فالسامعون لايعلمون كذبه فلحقه الشين بخلاف قوله له يا حجام لانهم يشاهدون صنعته و اما بغا بالباء الموحدة و الغين المعجمة المشددة فهو المابون بالفارسية و يقال باغا و كانه انتزع من البغاء كذا في المغرب و ينبغي ان يجب التعزير فيه اتفاقا لانه الحق الشين به لعدم ظهور الكذب فيه ظاهرا لانه مما يخفى و هو بمعنى يا معفوج و هو المأتي في الدبر و قد صرح في الظهيرية بوجوب التعزير فيه معللا بانه الحق الشين به بل هو اقوى ايذاء لان الابنة في العرف عيب شديد اذ لا يقدر على ترك ان يؤتي في دبره بسبب دودة و نحوها و اما المؤاجر فان كان بكسر الجيم فهو بمعنى المؤجر للشيء و لا عيب فيه الا ان هذا اللفظ لهذا المعنى في اللغة خطأ و قبيح و ان كان بفتح الجيم بمعنى المؤجر بالفتح يقال آجره المملوك فاسم المفعول مؤجر و مؤاجر كذا في المغرب فقد نسبه الى ان غيره قد استاجره و لاعيب فيه سواء كان صادقاً او كاذبا لانها عقد شرعي و اما ولد الحرام فينبغي التعزير به لانه في العرف بمعنى يا ولد الزنا و لم يجب القذف لانه ليس بصريح و قد الحق الشين به و قد ابدله في فتح القدير بيا ولد الحمار و هذا هو الظاهر و اما العيار بالعين المهملة المفتوحة و الياء المثناة التحتية المشددة فهو كثير المجيء و الذهاب عن ابن دريد و عن ابن الانباري العيار من الرجال الذي يخلى نفسه و هواها لايردعها و لايزجرها و في اجناس الناطفي الذي يتردد بلاعمل و هو ماخوذ من قولهم فرس عائر و عيار كذا في المغرب و كانه لما كان امر الانسان ظاهرا من التردد او كثرة المجيء و الذهاب لم يلحق الشين به فلذا لم يعزر و اما قوله يا ناكس يا منكوس ففي ضياء الحلوم من باب فعل بكسر العين النكس الرجل الضعيف و من باب فعل بالفتح يفعل بالضم النكس قلب الشيء على رأسه قال الله تعالى ثم نكسوا على رؤسهم الخ فكانه دعا على المخاطب فلاتعزير فيه لعدم الحاق الشين به و اما السخرة بضم السين ففي المغرب السخري من السخرة وهو ما يتسخرأي يستعمل بغير اجر الخ فلا شين فيه بل هو مدح و اما الضحكة بضم الضاد

قال يا ثور او يابقر، او يا ذئب او يا حجام، او يا مؤاجر، او يا عيار، او يا ماكس، او يا منكوس او يا سخرة، او يا ضحكة، او يا كشحان او يا ولد الحرام، او يا ابله، لم يعزر، و قيل يعزر و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى و قال في الاجناس لو قال يا ابن القرطبان عليه التعزير، لانه هو الذي يدخل الرجال على امرأته قال ثعلب قرطبان الذي يرضى ان يدخل الرجال على نسائه و قال القرطبان و الكشحان لم ار هما في كلام العرب، و معناهما عند العامة مثل الديوث او قريباً منه، و الديوث الذي يدخل الرجال على امرأته، و لهذا قال احمد في الكشحان يعزر، و به قال بعض اصحابنا. و لو قال يا بليد يعزر. و لو قال يا سفيه او قال يا ابن الاسود و

فهو الشيء يضحك منه كذا في ضياء الحلوم و لايخفى ان المقول له اذا لم يكن كذلك فقد استخف به و من استخف بغيره عزر فينبغي التعزير به و لذا قال في الولوالجية لو قال له يا ساحر يا ضحكة يا مقامر لايعزر هكذا ذكر في بعض المواضع و الظاهر انه يجب الخ و اما الكشحان فرأيت في بعض الحواشي انه بالحاء المهملة (و لكن في المغرب و لسان العرب بالخاء المعجمة فلذا بدل القاظ البحر - مصحح) و في المغرب الكشخان الديوث الذي لاغيرة له و كشخه و كشخته شتمته و يقال ياكشخان الخ فحينئذ هو بمعنى القرطبان و الديوث فيجب فيه التعزير و لذا قال في فتح القدير و الحق ما قاله بعض اصحابنا انه يعزر في الكشخان اذ قيل انه قريب من معنى القرطبان و الديوث الخ فما في المختصر مشكل لكن قال في ضياء العلوم كشح القوم عن الشيء اذا تفرقوا عنه و ذهبوا و كشح له بالعداوة اضمرها في كشحه لان العداوة فيه و قيل الكاشح المتباعد عن مودة صاحبه من قولهم كشح القوم على الشيء اذا ذهبوا عنه و في الحديث افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح فان صح مجيء الكشحان منه فلا اشكال انه ليس بمعنى القرطبان فلذا فرق المصنف بينهما و اما الابله ففي ضياء الحلوم البله الغفلة و في الحديث اكثر من يدخل الجنة البله قيل البله في امر الدنيا الغافلون عن الشر و ان لم يكن بهم بله قال الزبرقان خير اولادنا الابله العقول اي الذي هو لشدة حيائه كالابله و هو عاقل الخ فعلم انها صفة مدح و ان كانت مفضولة بالنسبة لمن عنده حذق و علم كما صرح به القرطبي في شرح مسلم في قوله عليه الصلوة و السلام ان اهل الجنة يتراؤن الغرف فوقهم كالكوكب الدري و صرح بان المراد بهم البله و ان العلماء هم اهل الغرف فوقهم و قيد بالابله احترازا عن البليد فانه يعزر به قال في الولوالجية لو قال يا بليد يا قذر يجب فيه التعزير لانه قذفه بمعصية و لانه الحق الشين به الخ و في كونه معصية نظر و الظاهر التعليل الثاني و اما الموسوس فضبطه في الظهيرية في فصل التعزير بكسر الواو و في المغرب رجل موسوس بالكسر و لايقال بالفتح و لكن موسوس له او اليه اي الملقى اليه الوسوسة و قال الليث الوسوسة حديث النفس و انما قيل موسوس لانه يحدث بما في ضميره و عن ابي الليث لايجوز طلاق الموسوس يعني المغلوب في عقله و عن الحاكم هو المصاب في عقله اذا تكلم تكلم بغير نظام الخ.

و قيل في عرفنا يعزر لانه يعد سباً و قيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء و العلوية يعزر، لانه يلحقهم الوحشة بذلك و ان كان من العامة لايعزر، و هذا حسن. و التعزير اكثره تسعة و ثلاثون سوطاً و اقله ثلاث جلدات.

ابوه ليس كذلك، او قال انت حجام او انت مفتصد او قال يا رستاقي لايعزر (و قيل في عرفنا يعزر) و هو قول الهندواني رحمه الله تعالى (لانه يعد سباً) اي لان قوله يا حمار او يا خنزير يعد سباً، اي شتماً (و قيل(١) ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء و العلوية يعزر، لانه يلحقهم الوحشة بذلك، و ان كان) اي المسبوب (من العامة لايعزر، و هذا) اي و هذا القول (حسن) و هو قول المصنف رحمه الله تعالى (و التعزير(٢) اكثره تسعة و ثلاثون سوطاً، و اقله ثلاث جلدات) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في الحر و قال في العبد تسعة عشر سوطاً. و قال مالك رحمه الله تعالى لا حد لاكثره فيجوز للامام ان يزيد التعزير على الحد اذا رأى المصلحة في ذلك، لما روى(٣) ان معن بن زائدة عمل خاتماً على نقش خاتم بيت المال، ثم جاء به لصاحب بيت المال فاخذ منه مالاً فبلغ عمر رضي الله عنه فضربه مائة و حبسه فكلم فيه فضربه مائة اخرى، فكلم فيه من بعد فضربه مائة اخرى و نفاه. و روى احمد(٤) باسناده ان علياً رضي الله عنه أتى بالنجاشي الشاعر قد شرب خمراً في رمضان فجلده ثمانين للشرب، و عشرين سوطاً لفطره في رمضان. و لنا قوله عليه الصلوة و السلام من بلغ حداً في غير حد، فهو من المعتدين، و يجيء الآن. و حديث معن(٥) يحتمل انه كانت له ذنوب كثيرة فادب على جميعها او تكرر منه، فكان

---

(١) و قيل الخ و في الفتح ص١١٥ ج٥ فتحصلت ثلاثة المذهب و هو ظاهر الرواية لايعزر مطلقا و مختار الهندواني يعزر مطلقا و المفصل بين كون المخاطب من الاشراف فيعزر قائله او لا فلا. (٢) و التعزير اكثره الخ راجع فتح القدير و عمدة القاري كتاب الحدود باب كم التعزير ص٢٢ ج٢٤ و المغنى ص٣٤٧ ج١٠ و تلخيص الحبير باب التعزير ص٧٨ ج٢ و تكملة المجموع ص١٢١ ج٢٠ و فتح الباري ص٢١٥ ج١٢ و شرح المسلم للنووي رحمه الله تعالى باب قدر اسواط التعزير ص٧٢ ج٢. (٣) روى ان معن الخ كذا في فتح القدير ص١١٦ ج٥ و المغنى ص٣٤٨ ج١٠. (٤) روى احمد رحمه الله تعالى باسناده الخ كذا في الفتح و المغني. (٥) و حديث معن الخ كذا في الفتح قال ابن الهمام رحمه الله تعالى في فتح القدير ص١١٥ و ص١١٦ ج٥ (قوله اكثره تسعة و ثلاثون سوطا عند ابي حنيفة و محمد و قال ابويوسف يبلغ به خمسة و سبعين سوطا و الاصل) في نقصه عن الحدود (قوله عليه الصلوة و السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين) ذكر البيهقي ان المحفوظ انه مرسل و أخرجه عن خالد بن الوليد عن النعمان بن بشير و رواه ابن ناجية في فوائده حدثنا محمد بن حصين الاصبحي حدثنا عمر بن علي المقدمي حدثنا مسعر عن خالد بن الوليد بن عبد الرحمن عن النعمان بن بشير قال قال رسول

ذنبه مشتملا على جنايات احدها التزوير و الثاني اخذ المال من بيت المال بغير حقه. و الثالث

الله صلى الله عليه وسلم من بلغ الحديث و رواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار مرسلا قال اخبرنا مسعر بن كدام قال اخبرني ابوالوليد بن عثمان عن الضحاك بن مزاحم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ الحديث و المرسل عند ناجحة موجبة للعمل و عند اكثر اهل العلم و اذا لزم ان لا يبلغ به حدا فابوحنيفة و محمد نظرا الى صرافة عموم النكرة في النفي فصرفاه اليه فنقصاه عن حد الارقاء لان الاربعين يصدق عليها حد فلايبلغ اليهما بالنص المذكور خصوصا و المحل محل احتياط في الدرء (و ابويوسف اعتبر اقل حدود الاحرار لان الاصل الحرية ثم نقص سوطا في رواية) هشام عنه (و هو قول زفر و هو القياس) لانه يصدق عليه قولنا ليس حدا فيكون من افراد المسكوت عن النهي عنه و في ظاهر الرواية عنه خمسة و سبعون قيل و ليس فيه معنى معقول و ذكر ان سبب اختلاف الرواية عنه انه امر في تعزير رجل بتسعة و سبعين و كان يعقد لكل خمسة عقدا باصابعه فعقد خمسة عشر و لم يعقد للاربعة الاخيرة لنقصانها عن الخمسة فظن الذي كان عنده انه امر بخمسة و سبعين و انما امر بتسعة و سبعين قال و روى مثله عن عمر يعني خمسة و سبعين و ليس بصحيح و نقل عن ابي الليث قال قيل ان ابايوسف اخذ النصف من حد الاحرار و اكثره مائة و النصف من حد العبيد و اكثره خمسون فتحصل خمسة و سبعون و منع صحة اعتبار هذا الاخذ و هو لايضره بعد ان اثره عن علي كما ذكر في الكتاب من انه قلد عليا فيه و كونه لايعقل يؤكده اذ الغرض ان ما لايدرك بالرأي يجب تقليد الصحابي فيه و انما يتم جوابه بمنع ثبوته عن علي كما قال اهل الحديث انه غريب و نقله البغوي في شرح السنة عن ابن ابي ليلى و بقولنا قال الشافعي في الحر و قال في العبد تسعة عشر لان حد العبد في الخمر عنده عشرون و في الاحرار اربعون و قال مالك لا حد لاكثره فيجوز للامام ان يزيد في التعزير على الحد اذا رأى المصلحة في ذلك مجانبا لهوى النفس لما روى ان معن بن زائدة عمل خاتما على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به لصاحب بيت المال فاخذ منه مالا فبلغ عمر ذلك فضربه مائة و حبسه فكلم فيه فضربه مائة اخرى فكلم فيه فضربه مائة و نفاه و روى الامام احمد باسناده ان عليا اتى بالنجاشي الشاعر قد شرب خمرا في رمضان فضربه ثمانين للشرب و عشرين سوطا لفطره في رمضان و لنا الحديث المذكور و لان العقوبة على قدر الجناية فلايجوز ان يبلغ بما هو اهون من الزنا فوق ما فرض بالزنا و حديث معن يحتمل ان له ذنوبا كثيرة او كان ذنبه يشتمل كثرة منها تزويره و اخذ مال بيت المال بغير حقه و فتحه باب هذه الحيلة ممن كانت نفسه عارية عن استشرافها و حديث النجاشي ظاهر ان لا احتجاج فيه فانه نص على انه ضربه العشرين فوق الثمانين لفطره في رمضان و قد نصت على انه لهذا المعنى ايضا الرواية الاخرى القائلة ان عليا اتى بالنجاشي الشاعر و قد شرب الخمر في رمضان فضربه ثمانين ثم ضربه من الغد عشرين و قال ضربناك العشرين بجرأتك على الله تعالى و افطارك في رمضان فاين الزيادة في التعزير على الحد في هذا الحديث و عن احمد لايزاد على عشرة اسواط و عليه حمل بعض اصحاب الشافعي مذهب الشافعي لما اشتهر عنه من قوله اذا

و قال ابويوسف رحمه الله تعالى يبلغ التعزير(١) خمسا و سبعين سوطاً و الاصل فيه قوله عليه الصلوة و السلام من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين.

فتحه باب هذه الحيلة لغيره و غير هذا. و اما حديث النجاشي فان علياً رضي الله عنه ضربه الحد لشربه ثم عزره عشرين (و قال ابويوسف رحمه الله تعالى يبلغ التعزير خمساً و سبعين سوطاً) و هذا ظاهر الرواية عن ابي يوسف رحمه الله تعالى الا ترى ما نقل صاحب الاجناس عن حدود الاصل لا في التعزير فيضرب المضروب قائماً، و اقله ثلاثة و اكثره تسعة و ثلاثون لايبلغ اربعين سوطاً في قول ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال ابويوسف رحمه الله تعالى يبلغ به خمسة و سبعين سوطاً ثم قال في نوادر هشام عن ابي يوسف رحمهما الله تعالى تسعة و سبعين سوطاً، لكن هذا في تعزير الحر. و اما في تعزير العبد فعلى قول ابي يوسف رحمه الله تعالى ينقص خمسة عن اربعين، كذا ذكره صاحب التحفة. و قول محمد رحمه الله تعالى في ظاهر الرواية مع ابي حنيفة رحمه الله تعالى و في رواية قوله مع ابي يوسف رحمه الله تعالى كذا ذكره في المختلف و قول زفر رحمه الله تعالى مثل قول ابي يوسف رحمه الله تعالى في النوادر. و ذكر في شرح الاقطع قول زفر رحمه الله تعالى مثل قول محمد رحمه الله تعالى (و الاصل فيه) اي في هذا الباب (قوله عليه الصلوة و السلام) اي قول النبي صلى الله عليه وسلم (من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين) هذا الحديث اخرجه البيهقي(٢) رحمه الله تعالى عن خالد بن الوليد رضي الله عنه عن النعمان بن بشير. و قال المحفوظ مرسل و رواه محمد بن الحسن رحمه الله في كتاب الآثار(٣) مرسلاً. و قال في التنقيح رواه ابن ناجية في فوائده حدثنا محمد بن حصين الاصبحي ثنا عمرو بن علي المقدمي حدثنا مسعر عن خالد بن الوليد بن عبد الرحمن عن النعمان بن بشير رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ ... الحديث. قوله من بلغ

صح الحديث فهو مذهبي و قد صح عنه عليه الصلوة و السلام في الصحيحين و غيرهما من حديث ابي بردة انه قال لايجلد فوق عشرة اسواط الا في حد من حدود الله و اجاب اصحابنا عنه و بعض الثقات بانه منسوخ بدليل عمل الصحابة بخلافه من غير انكار احد وكتب عمر الى ابي موسي رضي الله عنهما ان لاتبلغ بنكال اكثر من عشرين سوطا و يروى ثلاثين الى الاربعين و بما ذكرنا من تقدير اكثره بتسعة و ثلاثين يعرف ان ما ذكر مما تقدم من انه ليس في التعزير شيء مقدر بل مفوض الى رأي الامام اي من انواعه فانه يكون بالضرب و بغيره مما تقدم ذكره اما ان اقتضى رأيه الضرب في خصوص الواقعة فانه حينئذ لايزيد على تسعة و ثلاثين. (١) التعزير – ن – بالتعزير. (٢) البيهقي في سننه كتاب الحدود ص٣٢٧ ج٨ و التفصيل في نصب الراية ص٣٥٤ ج٣ و فتح القدير ص١١٥ ج٥. (٣) كتاب الآثار باب التعزير ص١١٦.

صادقاً و لانه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلايغلظ من حيث الوصف. و من حده الامام او عزره فمات فدمه هدر، لانه فعل ما فعل بامر الشرع، و فعل المامور لايتقيد بشرط السلامة كالفصاد و البزاغ بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه مطلق فيه و الاطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق.

(صادقاً) في قذفه، و لايقدر على اثبات زنا المقذوف، لانه قل ما يحصل من يشهد على فعل المقذوف كالميل في المكحلة (لانه جرى فيه) اي في حد القذف (التغليظ من حيث رد الشهادة، فلايغلظ من حيث الوصف) فلا يغلظ بشدة الضرب و حد القذف اخف من الجميع لان شارب الخمر قل ما يخلو عن القذف، فيصير كل شارب جامعاً بين الشرب و القذف، فيتحقق منه جنايتان و من القاذف جناية واحدة فلهذا كان ضربه اخف من ضرب الشارب و ان كان منصوصاً عليه (و من حده الامام او عزره فمات فدمه هدر) يعني لايجب شيء على الامام ولا على بيت المال، و به قال(١) احمد و مالك رحمهما الله تعالى الا ان مالكا قال اذا ضربه تعزيرا مثله لا يضمن. و قال الشافعي رحمه الله تعالى يضمن و في محل الضمان قولان، احدهما في بيت المال، و الثاني على عاقلة الامام، هكذا ذكره الكاكي رحمه الله تعالى خلافه. و قال الاترازي رحمه الله تعالى اما هدر الدم في الحد فبالاجماع و اما في التعزير فقد قال الشافعي رحمه الله تعالى يضمن في ماله، و في قول في بيت المال (لانه) اي لان الامام (فعل ما فعل بامر الشرع و فعل المامور لايتقيد بشرط السلامة كالفصاد) الذي يفصد (و البزاغ) بفتح الباء الموحدة و تشديد الزاء و في آخره غين معجمة من بزغ البيطار الدابة من باب منع، اي اسال دمها من قوائمها و اسم الحديدة التي يفعل بها ذلك المبزغ بكسر الميم، و هو كشرط الحجامة، و هذا اذا لم يتجاوز الموضع المعتاد. فمات المفصود او المبزوغ لايلزم الضمان، كذا هنا (بخلاف الزوج اذا عزر زوجته) فماتت يجب عليه ضمان الدية (لانه مطلق فيه) اي مساغ فعله (و الاطلاقات تتقيد بشرط السلامة) فاذا فاتت السلامة يلزم الضمان (كالمرور في الطريق) و الاصطياد اذا اتلف من ذلك الوجه شيء يلزم الضمان لكونه مقيداً بشرط السلامة، بخلاف(٢) ما لو جامع امرأته فماتت او افضاها حيث لايضمن عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى ذكره في المحيط مع انه مباح فيتقيد بشرط السلامة، لانه ضمن المهر للجماع، فلو وجبت الدية يجب ضمانان بمقابلة فعل

---

(١) و به قال احمد رحمه الله تعالى الخ كذا في فتح القدير ص١١٨ ج٥ و المغنى ص٣٤٩ ج١٠. (٢) بخلاف الخ كذا في الفتح وغيره.

و قال الشافعي رحمه الله تعالى تجب الدية في بيت المال، لان الاتلاف خطأ فيه اذ التعزير للتأديب، غير انه تجب الدية في بيت المال، لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين، فيكون الغرم في مالهم. قلنا لما استوفى حق الله بامره صار كان الله اماته من غير واسطة، فلايجب الضمان.

واحد ذكر الحاكم رحمه الله تعالى لايضرب امرأته على ترك الصلاة، و يضرب ابنه على تركها و المعلم اذا ادب الصبي فمات منه يضمن عندنا(١) و قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى لايضمن الزوج و لا المعلم في التعزير و لا الاب في التاديب و الجد و الوطء اذا ضربه ضربا معتاداً و لو ضربه ضرباً شديداً لايضرب مثله في التاديب يضمن باجماع الفقهاء رحمهم الله تعالى (و قال الشافعي رحمه الله تعالى تجب الدية في بيت المال) يعني في مسألة الامام اذا حده و عزره فمات، و قد مر الكلام فيه (لان الاتلاف خطأ فيه، اذ التعزير للتاديب، غير انه تجب الدية في بيت المال، لان نفع عمله) اي عمل الامام (يرجع الى عامة المسلمين، فيكون الغرم) اي غرامة الضمان (في مالهم) اي في مال المسلمين (قلنا لما استوفى) اي الامام (حق الله تعالى بامره صار كان الله أماته من غير واسطة) جلد الجلاد، و اذا كان الامر كذلك (فلايجب الضمان) فروع(٢) يصح في التعزير الشهادة على الشهادة و شهادة النساء مع الرجال و العفو و التكفيل لانه من حقوق العباد(٣)

و بمعونة الله تعالى و حسن توفيقه قد تم الجزء الثامن من البناية شرح الهداية و يتلوه الجزء التاسع من كتاب السرقة ان شاء الله عزوجل وفقنا الله سبحانه و تعالى اتمامه باليسر والسرعة. آمين

فيض احمد
غفر له الصمد
٢٩ رجب ١٤١٨ هـ

---

(١) عندنا – و كذالك عند الشافعي رحمه الله تعالى – الفتح. (٢) فروع الخ كذا في الكفاية ص١١٩ ج٥.
(٣) لانه من حقوق العباد شرع للاصلاح و التهذيب. الكفاية